

Peter Josef Witte

INHALTSKONTROLLE UND DEREN RECHTSFOLGEN
IM SYSTEM DER ÜBERPRÜFUNG
ALLGEMEINER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Liss. Münster ~~1984~~
1983

Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System
der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Peter Josef Witte
aus Münster/Westf.

1983

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhoser

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Harms

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1983

FÜR MATHILDE

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
<u>Erstes Kapitel</u>	
<u>EINFÜHRUNG</u>	1
<u>Zweites Kapitel</u>	
<u>SYSTEM DER AGB-KONTROLLE</u>	10
A. Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle vor Inkrafttreten des AGBG	13
I. Die Einbeziehung der AGB in den Vertrag	13
II. Auslegung der AGB in der bisherigen Rechts- sprechung	18
III. Inhaltskontrolle	26
B. Kontrolle der AGB anhand des AGBG	29
I. Die Einbeziehung von AGB in Einzelverträge	29
II. Auslegung	41
III. Inhaltskontrolle	53
IV. AGB-Kontrolle im Verfahren gem. § 13 ff. AGBG	59

D r i t t e s K a p i t e l

<u>R E C H T S L A G E B E I U N W I R K S A M -</u> <u>K E I T A U F G R U N D R I C H T E R -</u> <u>L I C H E R I N H A L T S K O N T R O L L E</u>	84
A. Ergebnisse der früheren Rechtsprechung	84
I. Teilnichtigkeit - Gesamtnichtigkeit	84
II. Behandlung beanstandeter Klauseln	88
B. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach dem AGB	94
I. Ausgangspunkt: § 6 AGBG	94
II. Lückenfüllung durch geltungserhaltende Reduktion	135
III. (Sonstige) Wege der Lückenfüllung	142
IV. Rechtslage bei einer im abstrakten Kontrollverfahren festgestellten Unwirk- samkeit von Klauseln	165
V. Zusammenfassende Bewertung der Zulässig- keit und Grenzen der denkbaren verschie- denen Rechtsfolgen bei unwirksamen Klauseln	202
VI. Rechtsfolgenbestimmung mittels salvato- rischer Klauseln	276

V i e r t e s K a p i t e l

E R G E B N I S S E

312

GLIEDERUNG

	<u>Seite</u>
<u>Erstes Kapitel</u>	1
<u>EINFÜHRUNG</u>	1
<u>Zweites Kapitel</u>	10
<u>SYSTEM DER AGB-KONTROLLE</u>	10
A. <u>Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle vor Inkraft-</u> <u>treten des AGBG</u>	13
I. <u>Die Einbeziehung der AGB in den Vertrag</u>	13
1. Die "Wissenmüssen"-Formel	13
2. Klauseln mit unangemessenem, über- raschendem Inhalt	14
a) Unüblichkeit als quantitatives Moment	15
b) Angemessenheitskontrolle	15
c) Verstecken von bedeutenden Klauseln	16
d) Kenntnis der wirtschaftlichen Bedeu- tung	17
e) Bilanz der vier Fallgruppen	17

	<u>Seite</u>
II. <u>Auslegung der AGB in der bisherigen Rechtsprechung</u>	18
1. Objektive Auslegung	18
2. Beachtung von Einzelf Umständen	20
3. Unklarheitenregel	21
4. Restriktionsprinzip	21
5. Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung	23
III. <u>Inhaltskontrolle</u>	26
1. Prüfungsmaßstäbe des Reichsgerichts	26
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	27
B. <u>Kontrolle der AGB anhand des AGBG</u>	29
I. <u>Die Einbeziehung von AGB in Einzelverträge</u>	29
1. Grundsätze zu § 2 AGBG	29
2. Anwendungsbereich des § 2 AGBG	30
3. Hinweispflicht	30
4. Kenntnismöglichkeit	31
5. Genuine Wirksamkeitsgrenzen auf Primärverhaltenssteuerung und Bewußtmachung negativer Rechtsfolgen angelegter Klauseln	32

	<u>Seite</u>
6. Überraschende Klauseln	35
a) Ungewöhnlichkeit	36
b) Abgrenzung zur Inhaltskontrolle	38
c) Verhältnis von § 3 AGBG zu den Inhaltskontrollvorschriften bei richterlicher Überprüfung	38
II. <u>Auslegung</u>	41
1. Vorrang der Individualabrede	41
a) Unmittelbarer Widerspruch	43
b) Mittelbarer Widerspruch	44
c) AGB-Klauseln mit Regelungen für den Abschluß oder die Abänderung des Individualvertrages	46
d) Erweiterung des Funktionsbereichs der Individualabrede durch AGB	48
2. Unklarheitenregel	49
a) Restriktionsprinzip	50
b) Abgrenzung zur Inhaltskontrolle	50
aa) Ergebnisorientierte Auslegung	51
bb) Auslegung ohne Eingehen auf die §§ 9 - 11 AGBG	51
cc) Stellungnahme	52
III. <u>Inhaltskontrolle</u>	53
1. Inhaltskontrolle gem. § 11 AGBG	53
2. Inhaltskontrolle gem. § 10 AGBG	54
3. Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG	55
a) Verhältnis zu § 11 AGBG	55
b) Verhältnis zu § 10 AGBG	57
c) Einzelheiten des § 9 AGBG	58

	<u>Seite</u>
IV. <u>AGB-Kontrolle im Verfahren gem. §§ 13 ff.AGBG</u>	59
1. Das Schlagwort von der positiven Breitenwirkung	59
2. Einzelheiten des Unterlassungs- und Widerrufsverfahrens	61
a) Verwenden und Empfehlen von AGB	61
aa) Verwenden	62
bb) Empfehlen	62
b) Begehungs- oder Wiederholungsgefahr	65
c) Prüfungsmaßstab §§ 9 - 11 AGBG	67
aa) Inhaltskontrolle und § 8 AGBG	67
bb) Verhältnis zu den §§ 2 - 5 AGBG	68
(1) § 2 AGBG, Konkurrenz zu den §§ 9 - 11 AGBG und/oder eigenständiger Prüfungsmaßstab?	69
(2) § 3 AGBG und die Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 AGBG	71
(3) Der Satz vom Vorrang der Individualabrede im abstrakten Kontrollverfahren	72
(4) Konkurrenz zwischen § 5 AGBG und der Inhaltskontrolle	74
(a) Ausgangsüberlegung	74
(b) Die Stoßrichtung des § 5 AGBG im abstrakten Kontrollverfahren	74
(c) Unanwendbarkeit von § 5 AGBG	75
(d) Auswirkungen des Unterlassungsgebotes auf zuvor abgeschlossene Verträge	76
(aa) Ausgangspunkt: Wortlaut des § 1 AGBG	77
(bb) Entstehungsgeschichte	77
(cc) Sinn und Zweck des Kontrollverfahrens	79

	<u>Seite</u>
(aaa) Umfassender Kundenschutz	79
(bbb) Zweck des § 21 AGBG	80
(ccc) Verbandsklage als Sammelverfahren	80
(dd) Schlußfolgerung	81

D r i t t e s K a p i t e l

<u>RECHTSLAGE BEI UNWIRKSAMKEIT VON AGB-KLAUSELN</u> <u>AUFGUND RICHTERLICHER INHALTSKONTROLLE</u>	84
---	----

A. <u>Ergebnisse der früheren Rechtsprechung</u>	84
--	----

I. <u>Teilnichtigkeit - Gesamtnichtigkeit</u>	84
---	----

1. Rechtsfolgen entsprechend § 139 BGB?	84
---	----

2. Ausnahmsweise: Gesamtnichtigkeit	87
-------------------------------------	----

II. <u>Behandlung beanstandeter Klauseln</u>	88
--	----

1. Ersatzloser Wegfall	88
------------------------	----

2. Dispositives Recht als Ersatzregelung	88
--	----

3. Reduktion auf ein gesetzlich vertretbares Maß	89
--	----

a) Verkürzung überlanger Laufzeiten bei Dauerschuldverhältnissen	89
--	----

b) Einschränkende Zusätze bei beanstandeten Klauseln	89
--	----

c) Freizeichnungsklauseln	90
---------------------------	----

d) Aufrechnungsverbot im Konkurs	91
----------------------------------	----

e) Gesamtschau	92
----------------	----

	<u>Seite</u>
4. Unzulässige Rechtsausübung	92
5. Zusammenfassung	93
 B. <u>Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach dem AGBG</u>	 94
 I. <u>Ausgangspunkt: § 6 AGBG</u>	 94
 1. Grundsatz der Aufrechterhaltung und Weitergeltung des Restvertrages gem. § 6 Abs. 1 AGBG	 95
a) Begründungen	95
b) Unwirksamkeit aufgrund allgemeiner Vorschriften	96
c) Rumpfverträge	97
 2. Ausdehnung des Restvertrages durch Ein- grenzung der nichtigen Klausel	 98
a) Formale Betrachtungsweise	98
b) Klauselbestimmung nach inhaltlichen Kriterien	99
aa) Klauselkataloge als Anhaltspunkte	99
bb) Konkretisierung des Begriffs "eigenständige Klausel"	100
(1) Abstellen auf den geregelten Lebenssachverhalt	101
(2) Einzelne Rechtsfolgen als An- knüpfungspunkt	104
(3) Summarische Fassung von Lebens- sachverhalten und Rechtsfolgen	105
(a) Umfassende Verbote	105
(b) Summarisch gefaßte Rechtsfolgen	106
(c) Das organisatorische Talent des geschickten Verwenders und die exakt durchformulierten AGB	107

	<u>Seite</u>
c) Zusammenfassung	107
3. Restwirksamkeit von Klauselteilen	108
a) Beispiele	108
aa) Haftungsausschluß unter Verstoß gegen § 11 Nr. 7 AGBG	108
bb) Unangemessen lange Nachfrist- setzung (§ 10 Nr. 2 AGBG)	109
b) Teilbarkeitskriterien	109
aa) Generelle, zu weit gefaßte und undifferenzierte Formulierungen	110
(1) Blick auf Gesetz, Rechtsprechung und Literatur	110
(2) Teilung nach Fallkonstellationen	111
bb) Klauseln mit quantitativem Übermaß	112
(1) Teilen oder Zerlegen bei eindeu- tigen Grenzen	112
(2) Fristen und Pauschalen	113
(3) Zerlegen bei unklarer Grenzziehung, etwa Formvorschriften	113
(4) Ergebnis	114
c) Die Zulässigkeit des Teilens generel- ler, zu weit gefaßter und undifferen- zierter Klauselinhalte	114
aa) Wortlaut des § 6 Abs. 1 AGBG	115
bb) Historische Auslegung	115
cc) "Soweit" gem. § 6 Abs. 2 AGBG	116
dd) Teleologische Auslegung	117
4. Gesamtnichtigkeit bei "unzumutbarer Härte" gem. § 6 Abs. 3 AGBG	118
a) "Unzumutbare Härte" auf seiten des Verwenders	119
aa) Grundsätze	119
bb) Fehlgeschlagene Individualabrede	121

	<u>Seite</u>
(1) Stellen und Aushandeln gem. § 1 AGBG	121
(2) Individualabreden und langfri- stige Geschäftsverbindungen	122
(3) Übergang von Individualabreden zu AGB	123
b) "Unzumutbare Härte" beim Kunden	123
c) Rechtsfolgen: Gesamtnichtigkeit, Rückabwicklung und Schadensersatz	123
5. Lückenfüllung gem. § 6 Abs. 2 AGBG	125
a) Regelungslücke	125
b) Lückenfüllung durch passendes Ge- setzesrecht	126
aa) Neuschöpfung von Vertragstypen	126
bb) Kombinierte und gemischte Verträge	128
cc) Weiterentwickelte Vertragstypen	129
c) § 6 Abs. 2 AGBG und die zu § 157 BGB entwickelte Methode der ergänzenden Vertragsauslegung	130
aa) Wortlaut des § 6 Abs. 2 AGBG	130
bb) Entstehungsgeschichte	131
(1) Fassung des Ersten Teilberichts	131
(2) Referentenentwurf	132
(3) Regierungsentwurf	133
(4) CDU/CSU-Vorschlag	133
(5) Rechtsausschuß	133
(6) Fazit des Gesetzgebungsverfahrens	134
cc) Gesetzssystematik	134
d) Zusammenfassung	135
II. <u>Lückenfüllung mittels geltungserhaltender Reduktion</u>	135
1. Abgrenzung: Teilbarkeit - geltungs- erhaltende Reduktion	136

	<u>Seite</u>
2. Methode der geltungserhaltenden Reduktion	137
a) Zerlegen in den wirksamen Teil und das Übermaß	137
b) Überzogene Formvorschriften	138
3. Abgrenzung: geltungserhaltende Reduktion - Vertragsergänzung	139
4. Erste Zulässigkeitsvoraussetzungen	140
III. <u>(Sonstige) Wege der Lückenfüllung</u>	142
1. Vertragsnatur und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild	142
a) Begriffsbestimmung	142
b) Verhältnis zur ergänzenden Vertragsauslegung	144
2. Ergänzende Vertragsauslegung	145
a) Grundsätze	145
aa) Gültiger Vertrag	145
bb) Regelungslücke	145
(1) Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion	146
(2) Dispositives Recht	147
b) Lückenfüllungsmethode	148
aa) Allgemeine Regeln	148
bb) Besonderheiten beim Wegfall einzelner AGB-Klauseln	149
(1) §§ 9 - 11 AGBG als Anknüpfungspunkt	150
(2) Eingehen auf die Vertragsnatur und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild	151
(3) Fehlen von Verkehrssitte	152

	<u>Seite</u>
c) Erste Zulässigkeitsüberlegungen	152
3. Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	152
a) Löwes Weg zur Anwendung der Ge- schäftsgrundlageregeln bei unwirk- samen Tagespreisklauseln	153
b) Bedenken gegen die Anpassung nach den Regeln vom Wegfall der Geschäfts- grundlage	155
aa) Verhältnis zu den gesetzlichen Vorschriften gem. § 6 Abs. 2 AGBG und zur ergänzenden Vertragsaus- legung	156
bb) Bestimmung der Geschäftsgrundlage	158
(1) Klauselinhalt als Geschäftsgrund- lage	159
(2) Allgemeine Kriterien	159
cc) Risikobetrachtung	160
dd) Zumutbarkeitsprüfung	162
ee) Vorhersehbarkeit	163
<u>IV. Rechtslage bei einer im abstrakten Kontroll- verfahren festgestellten Unwirksamkeit von Klauseln</u>	165
1. Der Inhalt der Urteilsformel nach § 17 AGBG	166
2. Veröffentlichungsbefugnis und Regi- strierungspflicht	167
3. Wirkungen des Urteils	168

	<u>Seite</u>
a) Rechtliche Breitenwirkung durch § 21 AGBG	168
b) Handlungsgebote	170
4. Auswirkungen der Unwirksamkeit im einzelnen	171
a) Einschränkungen im Hinblick auf die Art der Rechtsgeschäfte	172
b) Einschränkungen im Hinblick auf die Klauselteile	174
aa) Aufspaltung der angegriffenen AGB in "eigenständige" Klauseln	174
bb) Aufteilung der einzelnen "eigen- ständigen" Klauseln	174
(1) Teilweise Unwirksamkeit und Gesamtnichtigkeit	175
(2) Teilbarkeit und der "gute Rest"	176
(3) Argumente zur geltungserhaltenden Reduktion	176
(4) Stellungnahme	177
(a) Zulässigkeit, Unterlassung von Klauselteilen zu fordern	177
(b) Teilbarkeit und § 17 Nr. 1 AGBG	178
(c) Streben nach größtmöglicher Klarheit	179
(d) Teilbarkeit und "Kerntheorie"	181
(e) Kostenrisiko des Klägers	182
(f) Teilungsmöglichkeit der Gerichte	183
(g) Schutzzweck der §§ 13 ff. AGBG	186
c) Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion	187
aa) Haltung der h. M.	187
bb) Hinweise und Orientierungshilfen in den Entscheidungsgründen	189
cc) Argumente der Mindermeinung	190

	<u>Seite</u>
dd) Das Bedürfnis, "in die Klauseln mit quantitativem Übermaß hineinzugehen"	192
ee) Stellungnahme	192
(1) Klarheit des Überlassungsgebotes	192
(2) Orientierungshilfe für die Neugestaltung	193
(a) Einengende Fassung des Klageantrags	193
(b) Andeutungen und Hinweise	194
(c) Klarheit und geltungserhaltende Reduktion	197
(3) Bewertung einer nicht angegriffenen und nie verwandten Klausel	198
(4) Besondere Fassung der "verbotenen Klausel"	199
(5) Angemessenheitsurteil und Risiko der Fehlformulierung	199
(6) Versteckter Kostenschutz	199
(7) Konflikt zwischen den Ergebnissen der geltungserhaltenden Reduktion und der eigenen Entscheidung des über neue AGB urteilenden Gerichts	199
d) (Sonstige) Wege der Lückenfüllung	201
 V. <u>Zusammenfassende Bewertung der Zulässigkeit und Grenzen der denkbaren verschiedenen Rechtsfolgen bei unwirksamen Klauseln</u>	 202
1. Überblick	202
a) Individualverfahren	203
b) Abstraktes Kontrollverfahren	204
 2. Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln und § 9 AGBG	 205

	<u>Seite</u>
a) Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs	205
b) Institutionelles Rechtsdenken	208
c) Konsequenzen	209
d) Abwehr des Mißbrauchs der Vertrags- freiheit	210
e) Liberales Abgrenzungsdenken	212
f) Konsequenzen	212
g) Endgültige Fassung von § 9 AGBG im Rechtsausschuß	214
h) Zusammenfassung	217
 3. Rechtsfolgen nichtiger Klauseln und §§ 10 und 11 AGBG	 217
a) Wortlaut	217
b) Gesetzesgeschichte	217
c) Systematischer Vergleich mit § 9 AGBG	220
d) Sinn und Zweck der Kataloge	220
 4. Allgemeine Wertungskriterien bei der Bestimmung der Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln	 221
a) Transparenzerfordernis	223
aa) formale und inhaltliche Klarheit	224
bb) Wirksamkeitstransparenz	225
cc) Rechtsfolgenvergleich	227
dd) Wertungen hinter der Wirksamkeits- transparenz	231
ee) Hinweispflicht auf inhaltlich zulässige Klauseln	231
b) Gesetz zur Wiederherstellung des BGB	231
c) Verbot des Neuschreibens von Ver- tragsinhalten	233
d) Risiko der Gesetzmäßigkeit von AGB	235
aa) Argumentation	235

	<u>Seite</u>
bb) Gesetzgebungsverfahren	236
cc) Konsequenzen	237
e) Normative Prävention	240
aa) Lindachers Thesen zu § 138 BGB	241
bb) Übertragung auf den AGB-Bereich	242
(1) Wortlaut der §§ 6, 9, 10, 11 AGBG	243
(2) Gesetzgebungsverfahren	243
(3) Möglichkeit der Verbandsklage	244
(4) Sinn und Zweck der Inhalts- kontrolle	244
cc) Möglichkeiten der Differenzierung	245
f) Prinzip des geringstmöglichen Ein- griffs	247
aa) Teilbarkeit von Klauseln	249
bb) Geltungserhaltende Reduktion	249
(1) Rechtssicherheit und -klarheit	250
(2) Kontrollnormen als eigene "Reser- veordnung"	250
(3) Zusammenfassung	251
cc) Vertragsnatur und das von der Ver- kehrsauffassung geprägte Leitbild	251
dd) Ergänzende Vertragsauslegung	251
g) Wechselbeziehung zwischen abstraktem Klauselkontrollverfahren und Indivi- dualprozeß bei der Rechtsfolgenbe- stimmung	251
aa) Einredemöglichkeit gem. § 21 S. 1 AGBG	252
(1) Unwirksamkeit und Einbeziehung der Klauseln	253
(2) Umfassender Kundenschutz und Einrede	253
bb) "Prozessualer Sonderling" § 19 AGBG	254
cc) Sonstige Erwägungen	257

	<u>Seite</u>
h) Verhältnis des AGBG zu den anderen Gesetzen	258
aa) Übergeordnete Wertungen	259
bb) Kontrollgesetz und Rechtsfolgen- bestimmung	259
5. Gesamtschau der verschiedenen Aspekte bei der Beurteilung der Zulässigkeit und Grenzen möglicher Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln	262
a) Teilbarkeit von Klauseln	263
b) Geltungserhaltende Reduktion	265
aa) Verbandsklage	266
bb) Einzelverfahren	267
(1) Reduktion auf das Angemessene	268
(2) Beachtung der inneren Haltung des Verwenders	269
(3) Reduktion beim Scheitern des Ver- wenders an den durch die Gesetzes- fassung bedingten Schwierigkeiten	269
(4) Verschiedene Reduktionsmöglich- keiten	270
c) (Sonstige) Wege der Lückenfüllung	272
aa) Ergänzung anhand der Vertrags- natur und des Leitbildes der Verkehrsauffassung	273
bb) Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung	275
cc) Wegfall der Geschäftsgrundlage	275
d) Hinweise auf zulässige Klauselgestal- tungen	275
VI. Rechtsfolgenbestimmung mittels salvatori- scher Klauseln	276
1. Gestaltungsmöglichkeiten	277

	<u>Seite</u>
2. Zulässigkeit abweichender Vereinbarun- gen durch Individualabrede	279
a) Klauseln mit konkreten Ersatzbestim- mungen	279
b) Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln	281
c) Verpflichtung der Parteien zur Verein- barung von Neuregelungen	282
aa) Rechtliche Einordnung	282
(1) Vorvertrag	282
(2) Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB	282
bb) Konsequenz der Einordnung	285
d) Befugnis des Verwenders zur Festlegung von Ersatzbestimmungen	285
e) Klauselzusatz "soweit zulässig"	287
3. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen in AGB-Klauseln	287
a) Klauseln mit konkreten Ersatzbedin- gungen	288
aa) Wirksame Einbeziehung	288
bb) §§ 4 und 5 AGBG	288
cc) Kontrollmaßstäbe und Rechts- folgenbestimmungen	288
b) Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln	292
aa) Einbeziehung und Auslegung	292
(1) Transparenzgebot des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG	292
(2) Überraschungsverbot des § 3 AGBG	293
(3) Unterschiedslose Verwendung von Teilbarkeits- und Reduktions- klausel	293
bb) Vereinbarkeit mit § 9 AGBG	294
(1) Teilbarkeitsklausel	294
(2) Reduktionsklausel	295
(a) Kennen oder Kennenkönnen der Unwirksamkeit der Klausel	295

	<u>Seite</u>
(b) Nichtvorhersehbarkeit der Nichtigkeit	295
cc) Zusammenfassung	296
c) Formulärmäßige Befugnis des Verwenders zur Festlegung von Ersatzbestimmungen	297
aa) Einbeziehung und Auslegung	297
bb) Kontrollmaßstäbe und Rechtsfolgen	299
(1) Kennen oder Kennenkönnen der Unwirksamkeit der Ursprungsfassung	299
(2) Nichtvorhersehbarkeit der Nichtigkeit	299
(a) Feststellung der Unwirksamkeit im Einzelverfahren	299
(b) Ersatzregelung im vorprozessualen Raum	300
cc) Besonderheiten im Rahmen der Verbandsklage	301
d) Klausелеinschränkungen durch den Zusatz "soweit gesetzlich zulässig"	302
aa) Vereinbarkeit mit dem Transparenzgebot des § 2 Abs. 1 S. 2 AGBG	303
(1) Argumentation der die Kenntnismöglichkeit verneinenden Autoren	303
(2) Differenzierte Betrachtung	304
(3) Bejahung der Transparenz	305
(4) Stellungnahme	305
bb) Vereinbarkeit mit § 3 AGBG	308
cc) Verhältnis zur Unklarheitenregel des § 5 AGBG	309
dd) Inhaltskontrolle des Zusatzes	310
ee) Ergebnis: individuell ausgehandelte Geltung	311

4. Zusammenfassung

311

V i e r t e s K a p i t e l

E R G E B N I S S E

312

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Alisch Zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Bereich, JZ 1982, 706
- Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht, Bonn 1974
Zweiter Teilbericht, Bonn 1975
- Bartl Allgemeine Reisebedingungen, BB 1973, Beilage 10/73
- ders. Zum gegenwärtigen Stand des Reise-rechts, NJW 1978, 729
- ders. Das neue "Reisevertragsrecht", NJW 1979, 1384
- Bauer Das AGB-Gesetz und seine Auswirkungen auf das Recht der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVG), BB 1978, 476
- Baumann, Hans Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1953
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 24. Auflage, München 1980
- Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht, 13. Auflage, München 1981
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Zivilprozeßordnung, 40. Auflage, München 1982
- Belke Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1969, 559, 603
- Bentheim, Hadding, Lüderitz, Medicus, Wolf Studienkommentar zum BGB, Erstes bis Drittes Buch (§§ 1 - 1296), 2. Auflage, Frankfurt 1979

Clauss	Zum Begriff der Unklarheit, JZ 1960, 306
Creutzig	Das AGB-Register beim Bundeskartell- amt - Hilfe für die Praxis?, NJW 1979, 20
ders.	Die Rechtsprechung zum AGB-Gesetz nach dem AGB-Register, DB 1979, 151
Diederichsen	Die Aufstellung von AGBen und ihre Aufrechterhaltung bei Nichtigkeit einzelner Klauseln, ZHR 132 (1969), 232
Dietlein	Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen?, NJW 1974, 964
ders.	Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG - Erwiderung -, JZ 1977, 637
Dietlein/Rebmann	AGB aktuell, Köln 1977
Dirichs	Zur Haftungsbeschränkung bei Bank- auskünften, WM 1978, 626
Dittmann/Stahl	Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar für den Geschäftsverkehr in Handel, Industrie, Handwerk und Dienstleistungsgewerbe, Wiesbaden und Berlin 1977
Ebel	AGB-Gesetz - konforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1979, 1973
Ebenroth	Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäft zwischen Miete und Kauf, JuS 1978, 588
Eberle	Neuregelung des Reiserechts durch das Reisevertragsgesetz, DB 1979, 341
Emmerich	Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1972, 361

- Blomeyer, Jürgen Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetzes, NJW 1978, 973
- Brambring/
SchippeI Vertragsmuster des Notars und Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1979, 1802
- Brandner Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1973, 613
- Brox Das Reisevertragsgesetz, JA 1979, 493
- Bundesarbeitskreis
Christlich-Demo-
kratischer Juristen Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB), BB 1974, Beilage 9/1974
- Bunte Verfahrensrechtliche Fragen der AGB-Kontrollklage, DB 1980, 481
- ders. Zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Konditionenempfehlungen, BB 1980, 325
- ders. Mandatsbedingungen der Rechtsanwälte und das AGB-Gesetz, NJW 1981, 2657
- ders. Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Band I/1977 - 1980, Heidelberg 1982
- Buß Auswirkungen des § 247 BGB auf die Zinsen bei Kreditraten, NJW 1977, 1520
- Bydlinski Zur Einordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, Festschrift für Walther Kastner, S. 45, Wien 1972
- Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- ders. Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Dritter Band, 3. Teil, 2. Bearbeitung, Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1981

Häberle	Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Auflage, Karlsruhe 1973
Hartmann, Helmut	Anmerkung zum Urt. des LG Lübeck vom 26.8.1975 - 13 S 160/75 = NJW 1976, 427, NJW 1976, 428
Haupt	Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 1943, 84
Heinrichs	Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1502
Hennig/Jarre	Zur Praxis des Bundeskartellamtes bei Konditionsempfehlungen, DB 1980, 1429
Hensen	Das AGB-Gesetz, JA 1981, 133
Herschel	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942, 753
ders.	Die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727
Hohmann	Möglichkeiten einer besseren verfahrensrechtlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, JZ 1975, 590
Jaeger	"Stellen" und "Aushandeln" vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979, 1569
Jauernig	Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, München 1981
Jayme	Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978), 105
Johannson	Die Teilunwirksamkeit oder "geltungserhaltende Reduktion" von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1981, 732
Jung	Anmerkung zum Urt. des LG Nürnberg-Fürth vom 27.1.1982, 11 S 59/81 = BB 1982, 456, BB 1982, 458

- Kessler Nochmals: Auswirkungen des § 247
BGB auf die Zinsen bei Ratenkrediten,
NJW 1977, 2060
- Klaas Die Risikoverteilung bei neueren
Finanzierungsmethoden,
NJW 1968, 1502
- Klamroth Inhaltskontrolle von Finanzierungs-
Leasing-Verträgen über bewegliche
Gegenstände nach dem "Leitbild des
Leasing-Vertrages",
BB 1982, 1949
- Köbl Obiter Dicta - Ansätze einer Recht-
fertigung,
JZ 1976, 752
- Koch/Haag Die Rechtsnatur des Leasingvertrags,
BB 1968, 95
- Koch/Stübing Allgemeine Geschäftsbedingungen,
Neuwied und Darmstadt 1977
- Kollhosser Erläuterung des Beschlusses des OLG
Stuttgart vom 3.10.1978 - 8 W 340/78
= NJW 1979, 222,
JA 1979, 263
- Kopp Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl.,
München 1980
- Kötz Welche gesetzgeberischen Maßnahmen
empfehlen sich zum Schutze des End-
verbrauchers gegenüber Allgemeinen
Geschäftsbedingungen und Formular-
verträgen,
Gutachten für den 50. Deutschen
Juristentag,
München 1974
- ders. Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln,
NJW 1979, 785
- ders. Die Rückwirkung von Unterlassungs-
urteilen gem. §§ 13 ff. AGB-Gesetz,
BB 1982, 644
- Lanio Die Auswirkungen der Änderungen der
AGB der Banken,
Diss. Konstanz 1978
- Larenz Ergänzende Vertragsauslegung und
dispositives Recht,
NJW 1963, 737

- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979
- ders. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage München 1980
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Auflage 1981
- Lindacher Phänomenologie der "Vertragsstrafe", Frankfurt 1972
- ders. Grundsätzliches zu § 138 BGB - Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente -, AcP 173 (1973) 124 ff.
- ders. Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahmeobliegenheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1981, 131
- Littbarski Neue Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JZ 1981, 8
- Locher Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1980
- Löwe Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen - eine Aufgabe für den Gesetzgeber -, Festschrift für Larenz S. 373, München 1973
- ders. Folgerungen aus der Verwerfung der Tagespreisklausel in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen durch den Bundesgerichtshof, BB 1982, 152
- ders. Erwiderung auf Kötz, Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen gem. §§ 13 ff. AGB-Gesetz, BB 1982, 648
- ders. Zur Unwirksamkeit der Tagespreisklausel beim Neuwagenverkauf, DAR 1982, 34

- Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977
- Lukes § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897
- Mattern Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formulklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 1974, 762
- Maunz/Düring/
Herzog/Scholz Grundgesetz Bd. III Art. 92 - 146, München (Stand 1980)
- Medicus Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, Festschrift für Werner Flume, S. 629, Köln 1978
- Mroch Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1 Allgemeiner Teil, 1978, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1979, Bd. 3, 1. Halbband Schuldrecht Besonderer Teil, 1980
- Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Recht, I. Band, Berlin 1899
- Naendrup Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966
- Neumann-Wedekind Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt an Vertragsabschlußklauseln, Diss. Münster 1963
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1978, 38. Auflage 1979, 42. Auflage 1983

- Pastor Die Unterlassungsvollstreckung nach
§ 890 ZPO, 3. Auflage,
Köln, Berlin, Bonn, München 1981
- Petev Inhaltskontrolle und Individual-
abrede nach dem AGB-Gesetz,
JR 78, 4
- Platzke Zur rechtlichen Bedeutung des
Leasing-Geschäfts,
BB 1970, 601
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen,
Bad Homburg 1935
- ders. Rechtsschutz und Institutionsschutz im
Privatrecht
in *summum ius summa iniuria* S. 145,
Tübingen 1963
- Raiser, Thomas Einführung in die Rechtssoziologie,
2. Auflage, Berlin 1973
- Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Ge-
schäftsbedingungen,
DB 1974, Beilage 18/1974
- Reich "Leasing-Verträge", Abzahlungsrecht
und Sittenwidrigkeit,
JuS 1973, 480
- ders. Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaf-
ten und Verbraucherschutz,
ZRP 1974, 187
- Reinel Die Verbandsklage nach dem AGBG,
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Säcker Gruppenautonomie und Übermachtkon-
trolle im Arbeitsrecht,
Berlin 1972
- Sambuc Unklarheitenregel und enge Auslegung
von AGB,
NJW 1981, 313
- Sandrock Subjektive und objektive Gestaltungs-
kräfte bei der Teilnichtigkeit von
Rechtsgeschäften,
AcP 159 (1960/61), 481
- Schapp Die Leitbildfunktion des dispositi-
ven Rechts für die Inhaltskontrolle
von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz,
DB 1978, 621

- Schlosser Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und
AGB-Gesetz,
WM 1978, 522
- ders. Allgemeine Geschäftsbedingungen,
JA 1980, 381, 434
- Schlosser/Coester- Kommentar zur Regelung des Rechts
Waltjen/Graba der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Bielefeld 1977
- Schlüter Das obiter dictum,
München 1973
- Schmidt, Eike Teil- oder Totalnichtigkeit angreif-
barer AGB-Klauseln?,
JA 1980, 401
- Schmidt-Futterer Der Mustermietvertrag '76,
NJW 1976, 921
- Schmidt-Salzer Allgemeine Geschäftsbedingungen,
2. Auflage, München 1977
- Schmude Verbraucherschutz und Vertragsfrei-
heit,
Beiträge zum Zivil- und Wirtschafts-
recht, Festschrift für Kurt Baller-
stedt, S. 481,
Berlin 1975
- Seetzen Bindungswirkung und Grenzen der ver-
fassungskonformen Gesetzesauslegung,
NJW 1976, 1997
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfüh-
rungsgesetz und Nebengesetzen,
Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240),
11. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- Sonnenberger Verkehrssitten im Schuldvertrag,
München 1969
- Sonnenschein Inhaltskontrolle von Formularverträ-
gen nach dem AGB-Gesetz,
NJW 1980, 1713
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1957, 10. Aufl. 1934,
II. Band, Recht der Schuldverhält-
nisse, Teil 1 a, §§ 241, 243 - 248,
11. Aufl., Berlin 1957,
Teil 1 b § 242, 11. Aufl., Berlin 1961,
Teil 1 d §§ 328 - 432, 10./11. Aufl.,
Berlin 1978,

- | | |
|-----------------------------|--|
| Forts. Staudinger | Zweites Buch, AGBG, 12. Auflage,
Berlin 1980 |
| Stelkens/Bonk/
Leonhardt | Verwaltungsverfahrensgesetz,
München 1978 |
| Stein | Gesetz zur Regelung des Rechts der
Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977 |
| Stober | Zur Teilnichtigkeit im öffentlichen
Recht,
JA 1979, 416 |
| Strobel | Anmerkung zum Urt. des LG Konstanz
v. 19.12.1980 - 3 O 170/80 = BB 1981,
1420,
BB 1981, 1423 |
| Thamm | Haftungsbeschränkungen in Lieferbe-
dingungen für das Fehlen zugesicher-
ter Eigenschaften,
NJW 1976, 225 |
| Thomas/Putzo | Zivilprozeßordnung, 12. Auflage,
München 1982 |
| Thümmel/Oldenburg | Fällt die AGB-Klausel "soweit gesetz-
lich zulässig" unter die Unklarheiten-
regel des AGBG?,
BB 1979, 1067 |
| Trinkner | Vorrang der Individualabrede bei Ver-
wendung Allgemeiner Geschäftsbedin-
gungen,
Iber amicorum Ernst J. Cohn, S. 191,
Heidelberg 1975 |
| Ulmer, Peter | Wirtschaftslenkung und Vertragser-
füllung,
AcP 1974 (Bd. 174) 167 |
| ders. | Welche gesetzgeberischen Maßnahmen
empfehlen sich zum Schutz des End-
verbrauchers gegenüber Allgemeinen
Geschäftsbedingungen und Formular-
verträgen,
Referat zum 50. Deutschen Juristentag,
München 1974 |
| ders. | Notarielle Vertragsmuster und AGB-
Inhaltskontrolle,
DNotZ 1981, 84 |

- Ulmer, Peter Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?, NJW 1981, 2025
- ders. Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel, BB 1982, 1225
- Ulmer/Brandner/
Hensen AGB-Gesetz,
4. Aufl., Köln 1982,
3. Aufl., 1978
- Wagner Allgemeine Geschäftsbedingungen - Bestandsaufnahme und rechtspolitisch Programm,
Diss. Gießen 1973
- Weber Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
WM 1968, Sonderbeilage 2/68
- ders. Grundfragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Teil I - IV, DB 1970, 2355, 2417;
1971, 129; 1971, 177
- Graf von Westphalen Produkthaftung - Haftungsfreizeichnung und Haftungsfreistellung nach dem AGB-Gesetz,
NJW 1979, 838
- Willenbruch Fällt die AGB-Klausel "soweit gesetzlich zulässig" unter die Unklarheitenregelung des AGBG?,
BB 1981, 1976
- Witte Aufsätze in Zeitschriften,
Übersicht Zivilrecht,
JA 1979, 592
- ders. Erläuterung des Urt. des BGH 11.6.1979 VIII ZR 224/78 = WM 1979, 807,
JA 1979, 603
- ders. Erläuterung des Urt. des BGH 5.4.1979 VII ZR 308/77 = WM 1979, 781 mit Anmerkung,
JA 1980, 308
- ders. Erläuterung des Urt. des BGH 10.12.1980 - VIII ZR 295/79 = WM 1981, 244,
JA 1981, 354

- Witte Erläuterung des Beschlusses des OLG Hamm 27.2.1981 - 4 Re Miet 4/80 = NJW 1981, 1049, JA 1982, 86
- ders. Erläuterung des Urt. des OLG München. 22.5.1981 - 8 II 3 O 46/79 = NJW 1981, 1963, JA 1982, 90
- ders. Erläuterung des Urt. des OLG Stuttgart 24.11.1981 - 12 U 108/81 = BB 1982, 149 JA 1982, 199
- ders. Erläuterung des Urt. des BGH 7.10.1981 VIII ZR 299/80 = WM 1982, 9, JA 1982, 206
- Wolf, Eckhard Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Factoring, WM 1979, 1374
- Wolf, Manfred Anmerkung zum Urt. des LG Freiburg 12.11.1971 - 6 O 2/71 a = JZ 1973, 90, JZ 1973, 92
- ders. Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, 465
- ders. Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, 2433
- ders. Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, Festschrift für Fritz Baur, S. 147, Tübingen 1981
- Zöllner Zivilprozeßordnung, 13. Aufl., Köln 1979

Erstes Kapitel

E I N F Ü H R U N G

Zu den drei Schwerpunkten des am 1. April 1977 in Kraft getretenen Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) gehören die in den §§ 9 - 11 AGBG¹⁾ fixierten materiell-rechtlichen Inhaltskontrollvorschriften. Zusammen mit den besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 2 und 3 und der zur Herstellung der Breitenwirkung neugeschaffenen Möglichkeit abstrakter Klauselkontrolle gem. §§ 13 ff. hat der Gesetzgeber ein System vorgelegt, das den Kundenschutz erheblich erweitert, den die vor Inkrafttreten des AGBG ergangene Rechtsprechung gewährte. Erstmals liegt auch eine Begriffsbestimmung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Gesetzesform vor (§ 1 Abs. 1 S. 1).

Damit hat der Gesetzgeber eine Entwicklung vorangetrieben, die ihren Anfang mit einer Entscheidung des RG vom 8. Dezember 1883 genommen hat²⁾. Damals galt es zu klären, ob die allgemeinen Bedingungen eines Schiffahrt-

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (BGBl. I S. 3317)

2) Z 13, 68, 73 ff.

unternehmens Bestandteil eines Einzelvertrages waren.

Den Versicherungsgesellschaften, die zuerst mit ihren für eine große Zahl von Verträgen gleichmäßig aufgestellten Bedingungen auf den Plan traten, folgten Verkehrsunternehmen, Großhändler (Buchhandel) und Banken.

Rechtsprechung und Literatur begleiteten diese Entwicklung. Der Gesetzgeber hat sehr lange Zurückhaltung geübt, obwohl ihm bereits bei der Verabschiedung des BGB die Problematik der absoluten Vertragsfreiheit bekannt war:

von Rintelen: "Wenn in dieser Beziehung keine Schranken gestellt sind, dann wird es auch nicht zu einer größeren Wohlhabenheit des Volkes führen, sondern es wird im Gegentheil sehr oft dazu benutzt werden, um Menschen zu ruinieren. Hat sich jemand einmal leichtsinnig in einen Vertrag eingelassen, so muß er ja die Folgen über sich ergehen lassen. Wie weit man da Schranken ziehen will, ist eine schwierige Frage ..."3).

Planck: "Ich gehe dann weiter auf das Recht der Schuldverhältnisse. Hier ist dem Entwurf der Vorwurf gemacht worden, daß er den wirtschaftlich Schwachen nicht genügend schütze gegen die wirtschaftlich Starken. Ja, es ist vielleicht - ... - dem Entwurf der Vorwurf des Kapitalismus gemacht. Das ist eins von jenen Schlagworten, die so unbestimmt sind, daß man eigentlich nichts damit sagt, bei dem aber gerade wegen der Unbestimmtheit der Unkundige sich alles mögliche Schreckliche denkt. (Heiterkeit). Will man aber damit behaupten, daß eine Bevormundung des Gläubigers vor dem Schuldner stattfindet, daß der wirtschaftlich Schwache nicht gegen den wirtschaftlich Starken geschützt werde, so ist das absolut unrecht. Auf jeder Zeile des Obligationsrechts finden sie die Spur, daß der Entwurf sucht gerecht zu sein, soweit es mit Gerechtigkeit und Billigkeit vereinbar ist, den wirtschaftlich Schwachen zur Hilfe zu kommen (Bravo!)"4).

3) Aus der Rede von Dr. von Rintelen, Mugdan, Bd. 1 S. 558

4) Aus der Rede Planck's, Mugdan, Bd. 1 S. 385

Der Gesetzgeber hat nur auf Teilgebieten versucht, einer klauselweisen Aushöhlung der Rechte der notorisch schwächeren Vertragspartei zuvorzukommen. Dazu schuf er die zwingenden Bestimmungen der Gewerbeordnung von 1869 (§ 105 GewO), das Reichshaftpflichtgesetz von 1871 (§ 5 HPflG), das Gesetz betreffend die Abzahlungs-geschäfte von 1894 und das Versicherungsvertragsgesetz von 1908.

Danach geschah lange Zeit nichts mehr. Erst zu Beginn der 70er Jahre wurden weitere Bereiche der willkürlichen Regelung durch den wirtschaftlich Stärkeren entzogen und beispielsweise im Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. November 1971 und im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1975 Schutzvorschriften zwingend verankert. Aktuelles Beispiel ist das Reisevertragsgesetz vom 4. Mai 1979⁵⁾, das die §§ 651 a - 651 k ins BGB eingefügt hat.

Daneben wird administrativer Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen durch zahlreiche Gesetze und Verordnungen gewährt. Ministerien und Verwaltungsbehörden haben das Recht, entweder selbst Geschäftsbedingungen aufzustellen, sie zu genehmigen oder für verbindlich zu erklären: Der Bundesminister für Verkehr kann z. B. Allgemeine Beförderungsbedingungen im gewerblichen Personenverkehr (§§ 51, 58 Abs. 1 Nr. 3 PBerfG) und im Güterverkehr (§§ 20 a Abs. 5, 84 f. Abs. 4 GüKG) fest-

5) BGBI. I 509, zur Entstehungsgeschichte vgl.: Bartl BB 1973, Beilage 10/73; NJW 1978, 729; NJW 1979, 1384; MünchKomm/Löwe Vor § 651 a RdNr. 1, 2; Eberle DB 1979, 341. Ziel und Inhalt der Reform werden deutlich im RegE. (BT-Drucks. 8/786) vom 27.7.1977 und im Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 8/2343) vom 4.12.1978. Zur inhaltlichen Ausgestaltung vgl. Brox JA 1979, 493

legen⁶⁾. Dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen haben Bausparkassen und Kapitalanlagegesellschaften ihre Geschäftsbedingungen zur Genehmigung vorzulegen⁷⁾. Die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen" wurden durch Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 27. Januar 1942, nunmehr aufgrund des § 7 Energiewirtschaftsgesetz verbindlich⁸⁾.

Trotz dieser gesetzlichen Regelungen ist bei der Diskussion der AGB-Regelungen in erster Linie an die bisherige Rechtsprechung anzuknüpfen. Sie hat umfassend das Gebiet bearbeitet und auch die Impulse aufgegriffen, die seit der Monographie Ludwig Raisers - "Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (1935) - aus der wissenschaftlichen Literatur kamen.

Mit Beginn der 70er Jahre hat man entdeckt, daß der Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen auch ein Stück Verbraucherschutz enthält. Die Entwicklung schritt voran, die AGB-Reform kam in Gang. Die Bundesregierung veröffentlichte am 18. Oktober 1971 den "Bericht zur Verbraucherpolitik"⁹⁾. Der Bundesminister der Justiz rief im Frühjahr 1972 eine Arbeitsgruppe ein, die "Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher

6) Darauf beruhen die Kraftverkehrsordnung (KVO), die Beförderungsbedingungen für Möbelfernverkehr (BBM), die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen (AGNB)

7) Vgl. §§ 5, 8, 9 Bausparkassengesetz vom 16.11.1972; § 15 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften in der Fassung vom 14.1.1970

8) Vgl. BGH-Gutachten vom 6.10.1952, Z 9, 390

9) BT-Drucks. 6/2724

gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen"¹⁰⁾ erstellte. Der 50. Deutsche Juristentag 1974 erörterte grundlegend: "Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen"¹¹⁾. Als dann wurden ein "Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen"¹²⁾ erstellt, der "Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen" von Mitgliedern der Fachkommission "Verbraucherschutz" des Bundesarbeitskreises Christlich Demokratischer Juristen¹³⁾ vorgelegt sowie ein Regierungsentwurf, "Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)"¹⁴⁾ präsentiert. Zusammen mit den Beratungen in Bundestag, Bundesrat und Ver-

10) Vgl. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz (materielles Recht mit Gesetzesentwurf) März 1974; Zweiter Teilbericht (verfahrensrechtliche Vorschläge) März 1975

11) Kötz, Gutachten zum 50. Deutschen Juristentag A 9 - A 100; P. Ulmer, Referat zum 50. Deutschen Juristentag H 8 - H 44; Beschluß des 50. Deutschen Juristentages (zivilrechtliche Abteilung) Sitzungsberichte H 221 - H 232

12) BB 1974, Beilage Nr. 18/74

13) BB 1974, Beilage 9/74

14) BT-Drucks. 7/3919

mittlungsausschuß¹⁵⁾ bilden diese Entwürfe neben der
vorbekannten Rechtsprechung den zweiten Grundstock zum
Verständnis des AGBG.

Die Verabschiedung dieses Gesetzes zeigt, daß das von
Neumann-Wedekind so gelobte Vertrauen in eine sich im
Vollzug der Privatautonomie von selbst einstellende Ge-
rechtlichkeitskontrolle¹⁶⁾ endgültig erschöpft ist. Nun-
mehr sind die Bedingungen an den in den §§ 9 - 11 festge-
legten Kontrollmaßstäben zu messen. Ihre Wirksamkeit
wird anhand der Generalklausel und zweier Klauselkataloge
überprüft. Dabei sind Systematik und Maßstab der Inhalts-
kontrolle genau festgelegt worden.

15) Gesetzgebungsverfahren im 7. Deutschen Bundestag:

- a) 1. Beratung der CDU/CSU-Initiative, Stenographi-
sche Berichte 168. Sitzung, 25. April 1974, 11795 -
11800
1. Beratung des Entwurfs der Bundesregierung,
Stenographische Berichte, 187. Sitzung, 25. Sep-
tember 1975, 13153 - 13161
- b) Beratungen des Rechtsausschusses, Stenographische
Protokolle
97. Sitzung 5. Mai 1976, 97/76 - 97/90;
98. Sitzung 15. Mai 1976, 98/5 - 98/69 - 85;
99. Sitzung 21. Mai 1976, 99/5 - 99/52;
100. Sitzung 2. Juni 1976, 100/5 - 100/11 - 20
- c) Antrag des Rechtsausschusses vom 21. Juni 1976,
BT-Drucks. 7/5412; Bericht des Rechtsausschusses
vom 23. Juni 1976, BT-Drucks. 7/5422
- d) 2. und 3. Beratung, Stenographische Berichte,
253. Sitzung 24. Juli 1976, 1858 - 1869
- e) Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den
Bundesrat vom 19. Juli 1976, BT-Drucks. 7/5617
- f) Antrag des Vermittlungsausschusses vom 26. Juli
1976, BT-Drucks. 7/5636

16) S. 63

Demgegenüber hat der Gesetzgeber weitgehend offen gelassen, ob die Klauseln jeweils insgesamt nichtig sind oder ob sie auch teilweise wirksam sein können. Die weiteren Rechtsfolgen bei Nichtigkeit sind gleichfalls in § 6 nur ansatzweise geregelt. Neben der wichtigen Grundsatzentscheidung in Abs. 1 - Wirksamkeit des Restvertrages - gibt Abs. 2 nur eine dürftige Auskunft darüber, was an Stelle der unwirksamen Klauseln und Klauselteile gelten soll. Unklar bleibt, ob sie auf einen gesetzlich zugelassenen Inhalt zurückzuführen sind oder in eingeschränkter Weise weiter gelten können, ob eine bei Nichtigkeit entstehende Lücke mittels Vertragsauslegung zu ergänzen oder der Vertrag etwa nach Geschäftsgrundlagenregeln anzupassen ist.

Ebensowenig ist dem Gesetz zu entnehmen, wie bei der Inhaltskontrolle aufgrund einer Verbandsklage nach den §§ 13 ff. zu verfahren ist. Hat das Gericht, wenn es bei abstrakter Überprüfung die Unwirksamkeit feststellt, in seiner Entscheidung nur zum Ausdruck zu bringen, daß die angegriffene Regelung nicht weiter verwendet werden darf oder muß es auch (im Tenor oder in den Gründen) zu erkennen geben, welche Fassung nach seiner Meinung mit dem AGBG übereinstimmt?

Auf diese Fragen sollen Antworten versucht werden. Dabei ist zu beachten, daß es nicht ausreicht, sich ausschließlich mit den Maßstäben der Inhaltskontrolle und den Rechtsfolgen zu beschäftigen. Denn anders als die frühere Rechtsprechung im AGB-Bereich, die hauptsächlich Inhaltskontrolle betrieben hat, betont das AGBG die Einbeziehung und Auslegung stärker. Durch eine genauere Kontrollsystematik können und müssen einzelne Klauseln schon vor der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 2 - 4 ausgeschieden

oder nach § 5 neu interpretiert werden. Deshalb ist zunächst aufzuzeigen, wo die Inhaltskontrolle systematisch anzusiedeln ist und inwieweit sich dabei Unterschiede zwischen dem Individualprozeß und dem Klauselkontrollverfahren nach den §§ 13 ff. ergeben.

Alsdann wird darzustellen sein, was mit Klauseln geschieht, die an den §§ 9 - 11 scheitern und deshalb unwirksam sind. In Bezug auf den Einzelvertrag wird es dabei vor allem darum gehen, die durch nichtige AGB entstehenden Lücken zu verhindern oder so zu füllen, daß der gemäß § 6 Abs. 1 weitergeltende Restvertrag sinnvoll abgewickelt werden kann. Für die Verbandsklage muß geklärt werden, inwieweit das Nichtigkeitsurteil über eine Klausel ausreicht, da Streit über die Abwicklung eines Einzelfalles fehlt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -einheitlichkeit sind beide Verfahrensarten im Blick zu behalten.

Auch nach sechsjähriger Geltung des Gesetzes steht eine umfassende Klärung der Unwirksamkeitsfolgen noch aus¹⁷⁾. Die vor seinem Inkrafttreten ergangene Rechtsprechung bleibt daher bedeutsam. Obwohl diese sich vielfach mit Streitigkeiten bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr befaßt hat, klammern die nachfolgenden Ausführungen die Sonderregeln des § 24 aus und beschäftigen sich allein mit Klauseln, die gegenüber dem Endverbraucher verwendet werden¹⁸⁾. Erst wenn so die Grundlagen geschaffen worden sind, kann der Versuch gemacht werden, die Ergebnisse

17) So ausdrücklich in Bezug auf Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln: BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

18) Zur Kontrolle im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr vgl. Alisch JZ 1982, 706; Schrifttumsnachweise bei Erman/O. Werner vor § 23

in anderen Bereichen anzuwenden.

Ausgenommen sind weiterhin Verträge auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts. Sie fallen bereits nach § 23 Abs. 1 nicht unter die hier zu untersuchenden Normen des AGBG.

Zweites Kapitel

SYSTEM DER AGB - KONTROLLE

Zur Klärung der Rechtsfolgen von Klauseln, die bei einer Inhaltskontrolle für unwirksam befunden werden, bedarf es der Gesamtschau des Kontrollsystems von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die Probleme müssen am richtigen Ort gelöst werden, um nicht die Rechtsfolgendiskussion von Klauseln an den §§ 9 - 11 mit (zusätzlichen) Schwierigkeiten zu belasten, die allein dem Bereich der §§ 2 - 5 zuzuordnen sind. Grund für eine Gesamtschau ist auch das Bestreben, die frühere Rechtsprechung für die Auslegung des AGBG auszuwerten. Dabei ist vielfach unklar, wie der dort erzielte Schutz des Kunden vor Benachteiligung systematisch dem neuen Gesetz zuzuordnen ist. Viele Urteile lassen sich sowohl der eigentlichen Inhaltskontrolle zuordnen als auch den davorgeschalteten Prüfungspunkten. In anderen Entscheidungen scheinen unter dem Stichwort "geltungserhaltende Auslegung" Inhaltskontrolle und Rechtsfolgenbestimmung vermenget worden zu sein. Dadurch, daß die Rechtsprechung ihre Maßstäbe erst nach und nach entwickeln konnte und der AGBG-Gesetzgeber sie nur teilweise übernommen hat, ergeben sich aus heutiger Sicht solche Überschneidungen und Vermischungen. Erst die systematische Aufarbeitung erlaubt, aus der bisherigen Rechtsprechung Folgerungen für das AGBG zu ziehen.

Die AGB-Kontrolle beginnt bereits damit, daß der Richter feststellen kann, einzelne oder alle Bestimmungen des Klauselwerks seien nicht Bestandteil des von den Parteien geschlossenen Vertrages geworden. Dann erübrigen sich Auslegung und Inhaltskontrolle.

Denn nach inzwischen fast einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur sind private AGB keine Rechtsnormen¹⁾, sondern lediglich unverbindliche Entwürfe künftiger Willenserklärungen, deren Wirksamwerden die Parteien vereinbaren müssen. Dem scheint entgegenzustehen, daß AGB vielfach und auch von der Anlage her generell-abstrakte Regelungen enthalten. Sie sind häufig weder auf bestimmte Individualverträge noch auf bestimmte Vertragspartner zugeschnitten. Dennoch hat sich die These der Normähnlichkeit der AGB²⁾ nicht durchgesetzt. Die Tatsache, daß dem Verwender eine Normsetzungsbefugnis fehlt³⁾, spricht entscheidend dafür, die AGB dem Vertragsrecht zuzuordnen. Auch ihre Geltung aufgrund von Verkehrssitte und Handelsbräuchen vermag keine Normähnlichkeit zu begründen. Diesen fehlen normative Elemente. Sie sind lediglich "Regeln, die aus einer Abstraktion allgemeinen Verhaltens gewonnen werden"⁴⁾. Ihnen

1) Vgl. Weber WM 1968, Sonderbeilage 2/68, 2 f.; Stein § 2 RdNr. 5 m.w.N.

2) Vgl. Haupt ZAkDR 1943, 84, 87; Naendrup S. 59; OLG Hamburg 17.2.1960, VersR 1960, 783, 784; RG 18.5.1904, Z 58, 151, 155; 20.4.1907, Z 66, 39, 40; 10.12.1924, Z 109, 299, 304 f.; 29.9.1925, Z 111, 310, 312; Herschel DR 1942, 753 sah in den AGB objektives Recht, dem der Kunde sich aber noch unterwerfen müsse, ähnlich Fischer BB 1957, 481, 483 ff.

3) Schmidt-Salzer C 1; Stein § 2 RdNr. 5

4) Sonnenberger S. 61 ff.

kommt Bedeutung bei der Auslegung des objektiven Erklärungswertes der Einverständniserklärung von Vertragspartnern des Verwenders im Rahmen eines Einbeziehungsvertrages zu. Sie ermöglichen, das "Ja" zum Vertrag, zu den AGB, zu ermitteln⁵⁾.

Von diesen vertraglichen AGB unterscheiden sich die bereits erwähnten Fälle, in denen aufgrund gesetzlicher Ermächtigung der Inhalt vertraglicher Beziehungen geregelt wird⁶⁾. Für sie gilt das hier zu erörternde System der AGB-Kontrolle nicht. Soweit "Vertragsbedingungen" durch einzelne Rechtsverordnungen geschaffen werden, gelten sie automatisch für alle ihren Anwendungsbereich betreffenden Einzelverträge⁷⁾. Sie sind der Kontrolle durch das AGBG entzogen⁸⁾. Ihre Überprüfung erfolgt anhand der für Normen objektiven Rechts geltenden Grenzen⁹⁾.

Für den überwiegenden Teil der AGB bleibt es dagegen bei der Bewertung als vertragsrechtliche Bestimmungen. Damit ist zugleich die Beurteilungsgrundlage für den Einstieg in das Kontrollsystem von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelegt und die Richtung für Einbeziehung, Auslegung und Inhaltskontrolle der Klauseln gewiesen.

5) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 2 RdNr. 89 ff.; Staudinger/Schlosser § 2 RdNr. 62 ff.

6) Beispiele: Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO) i.d.F. vom 23.8.1979 (BGBl. I 1506); Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und O-Bus-Verkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27.2.1970 (BGBl. I S. 230); Verordnung über das Bewachungsgewerbe vom 1.6.1976 (BGBl. I S. 1341)

7) BGH 4.3.1976, Z 66, 62, 65

8) Vgl. dazu OLG Frankfurt 13.1.1953, NJW 1953, 1306, 1308

9) Vgl. Fischerhof NJW 1953, 1306

A. Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle vor Inkrafttreten des AGBG

I. Die Einbeziehung der AGB in den Vertrag

Die AGB sind jedenfalls immer dann Vertragsinhalt geworden, wenn der Kunde sein Einverständnis zu ihrer Einbeziehung ausdrücklich erklärt hat.

1. Die "Wissenmüssen"-Formel

Fehlt es an dieser ausdrücklichen Absprache, so hat die frühere Rechtsprechung auf die "Wissenmüssen"-Formel abgestellt: AGB sind auch ohne Kenntnis ihres Inhalts und ohne besonderen Hinweis auf ihre Einbeziehung im Einzelfall kraft stillschweigender Unterwerfung Bestandteil des Einzelvertrages geworden, wenn der Vertragspartner des Verwenders "wußte oder wissen mußte", daß dieser den Vertrag auf der Grundlage seiner AGB schließen wollte¹⁾. Die auch in den Variationen "kennen muß", "kennen mußte", "rechnen muß", "rechnen mußte", "um sie wissen muß", "um sie wissen mußte" angewandte Formel hat die Rechtsprechung inhaltlich allerdings kaum präzisiert. Die für die Beurteilung des "Wissenmüssen" maßgeblichen Kriterien sind vernachlässigt worden. War die Einbeziehung von AGB branchen- oder verkehrsüblich - Speditionen, Banken, Sparkassen, Beförderungsunternehmen -

1) BGH 7.7.1976, NJW 1976, 2075; OLG Köln 8.6.1973, OLGZ 1973, 345, 348; BGH 11.7.1975, VersR 1976, 44, 45; 13.7.1973, NJW 1973, 2154; Weber DB 1970, 2417, 2423

sind die Gerichte von einer stillschweigenden Unterwerfung ausgegangen²⁾.

Insbesondere Schmidt-Salzer³⁾ zeigt, wie dieser Ansatzpunkt dogmatisch sauber hätte verfeinert und weiterentwickelt werden können. Um eine schlüssige Erklärung der Beteiligten annehmen zu können, hätte auf die Sicht des objektiven Dritten in der Situation des Verwenders abgestellt werden müssen. Fehlender Widerspruch des Kunden gegen die AGB wäre dann Zustimmung zu ihrer Einbeziehung in den Einzelvertrag gewesen, "wenn es der AGB-Verwender nach Abwägung aller Umstände in diesem Sinne verstehen durfte (objektiver Tatbestand) und der Kunde als Zurechnungsadressat der Erklärung dies erkennen mußte (subjektiver Tatbestand)"⁴⁾.

2. Klauseln mit unangemessenem, überraschendem Inhalt

Die großzügige Einbeziehungspraxis der Rechtsprechung ist eingeschränkt worden, wenn Klauseln zur Diskussion standen, mit deren Aufstellung der Kunde billiger- und gerechterweise nicht rechnen mußte, die Klauseln einen unangemessenen, überraschenden Inhalt hatten. Hier fehle der Unterwerfungswille, die Klauseln seien von

2) Weber DB 1970, 2417, 2424; WM 1968, Sonderbeilage 2/68, 11; Staudinger/Weber § 242 Einleitung RdNr. N 281 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen § 2 RdNr. 8; Stein § 2 RdNr. 7

3) Schmidt-Salzer D 2 - D 16

4) Schmidt-Salzer D 6; Staudinger/Weber § 242 Einleitung RdNr. N 286

der Einbeziehungsabrede nicht umfaßt⁵⁾. Allerdings hat die frühere Rechtsprechung nicht eindeutig und klar definiert, was unter "Unüblichkeit" oder "Überraschung" zu verstehen ist und - aus heutiger Sicht - beide Elemente - Einbeziehungs Voraussetzungen und Inhaltskontrolle - vermischt.

Im Hinblick auf § 3 und die Abgrenzung zu den §§ 9 ff. sind deshalb die Fallgruppen der bisherigen Rechtsprechung zur Überraschungsklausel genauer zu untersuchen.

a. Das Tatbestandsmerkmal "Unüblichkeit" hat ein Teil der Rechtsprechung daran geprüft, ob innerhalb eines Wirtschaftszweiges bei üblicherweise geschlossenen Verträgen die vorliegenden Klauseln bekannt waren. Verwendeten maßgebliche Geschäftskreise derartige Regelungen - z. B. Vertragsstrafeklauseln, Gerichtsstandsklauseln -, konnte das den Kunden nicht überraschen⁶⁾.

b. Andere Entscheidungen fragten, ob die Klauseln für den konkreten Vertrag eine sinnvolle und interessen-gerechte Regelung bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen darstellen. Der Überraschungscharakter sei zu verneinen, wenn Angemessenheit vorliege, dann aber zu bejahen, wenn der Inhalt auf eine dem Leitbild

5) RG 26.10.1921, Z 103, 84, 86; BGH 8.4.1955, Z 17, 1, 3; 29.10.1956, Z 22, 90, 98 (Billigkeit); 29.9.1960, Z 33, 216, 219 (Billigkeit); 29.10.1962, Z 38, 183, 185 (Billigkeit); 11.11.1968, Z 51, 55, 59 (Billigkeit und Unübersichtlichkeit); 4.6.1970, Z 54, 106, 110 (Billigkeit)

6) BGH 1.4.1976, WM 1976, 638; 14.4.1969, WM 1969, 1452; 30.6.1976, BB 1976, 1289, 1290; 8.10.1975, BB 1976, 157, 158; OLG München 10.7.1972, BB 1973, 354, 355; OLG Karlsruhe 16.10.1970, VersR 1971, 158, 160 f.

des gewählten Vertrages grob widersprechende Regelung hinauslaufe⁷⁾.

Dieses Kriterium verdeutlicht die Vermengung mit der Inhaltskontrolle, die Fehlanwendung des Unüblichkeits- bzw. Überraschungsprinzips. Der Bereich ist systematisch der Inhaltskontrolle zuzuordnen⁸⁾.

c. Zum Teil nahm die Rechtsprechung einen Überraschungseffekt an, wenn bedeutende, einschneidende Klauseln im AGB-Werk an Stellen standen, an denen der aufmerksame Leser sie vom Sachzusammenhang her nicht vermuten konnte⁹⁾.

Der Verwender konnte leicht durch systematische Ordnung des Textes vermeiden, daß die Gerichte seine AGB wegen Überraschungseffekte für unwirksam erklärten. Da weiterhin die AGB durch generellen Einbeziehungswillen der Parteien Vertragsbestandteil wurden und der Kunde weder von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen noch ihn gar billigen mußte, durfte bei der Einbeziehungskontrolle die Anordnung eigentlich keine Rolle spielen. Vielmehr hätte sie der Auslegung zugeordnet werden müssen¹⁰⁾. Denn die Plazierung der Klausel kann für ihre Tragweite von Bedeutung sein. Eine Bestimmung, die im Zusammenhang mit

7) BGH 16.1.1974, WM 1974, 218, 219; 28.2.1973, NJW 1973, 990; 18.6.1971, NJW 1971, 2126, 2128; OLG Zweibrücken 9.4.1975, BB 1975, 1220

8) Vgl. dazu BGH 30.6.1976, BB 1976, 1289, 1290; OLG Karlsruhe 16.11.1970, VersR 1971, 159, 160 f.

9) BGH 12.5.1976, WM 1976, 739, 741; 8.10.1975, NJW 1977, 195, 197, wo u. a. auch auf die drucktechnische Seite abgestellt wird

10) So Schmidt-Salzer F 23

den Lieferfristen und der Rechtswahl steht, beseitigt eine an anderer Stelle stehende umfangreiche Gewährleistungsregelung nicht.

d. Schließlich haben die Gerichte bei der Wertung möglicherweise überraschender Klauseln gefragt, ob der Kunde die wirtschaftliche Bedeutung der Regelung übersehen konnte. Abzustellen sei auf die Kenntnis und die Erfahrung, die bei dem typischerweise am Rechtsgeschäft dieser Art beteiligten Personenkreis vorausgesetzt werden konnte. Überforderte ihn die Klausel, war sie überraschend und unwirksam¹¹⁾.

Wann aber eine solche Überforderung des Kunden vorlag, ließen die Gerichte offen. Sie übernahmen das Motiv der eigentlichen Inhaltskontrolle, den Kundenschutz, zum selbständigen Einbeziehungskriterium. Das macht deutlich, daß die Rechtsprechung in dem Bestreben nach Interessenausgleich die Systematik vernachlässigt hat und immer wieder Inhaltskontrolle vornahm.

e) Die Bilanz vorstehender vier Fallgruppen zeigt, daß die Prüfung überraschender Klauseln häufig Teilaspekt einer Inhaltskontrolle war¹²⁾.

Nach Inkrafttreten des AGBG bedarf es wegen des § 3 jedoch der klaren Trennung. Das beruht nicht zuletzt auf den möglicherweise unterschiedlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes.

11) BGH 8.10.1975, BB 1976, 157, 158; OLG Frankfurt 23.6.1976, BB 1976, 1481, 1482

12) Ulmer/Brandner/Hensen § 3 RdNr. 9

II. Auslegung der AGB in der bisherigen Rechtsprechung

AGB-Klauseln, die Vertragsbestandteil geworden waren, wurden in einem zweiten Prüfungsschritt - noch vor der eigentlichen Inhaltskontrolle - ausgelegt. Hierbei boten sich wegen der Qualifizierung der Klauseln als vertragliche Bestimmungen die §§ 133, 157 BGB als Maßstab an¹⁾.

1. Objektive Auslegung

Dabei trug die Rechtsprechung dem Umstand, daß die Klauseln auf eine möglichst große Zahl von Kunden zugeschnitten und äußerlich in gesetzesähnlicher Form abgefaßt waren, Rechnung und wies darauf hin, die AGB seien gesetzesähnlich auszulegen: Rein objektiv und generalisierend, unabhängig von den Umständen des Streitfalls, losgelöst von Willen und Absicht der Parteien²⁾. Maßgeblich sei allein der Inhalt der Klauseln in ihrer allgemeinen Geltung. Unabhängig von der zufälligen Gestaltung des Individualvertrages sei auszugehen vom Verständnis des Durchschnittskunden, entsprechend dem Willen verständiger und redlicher Vertragspartner, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Grundlage geben wollen, unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise³⁾. Ziel der

1) BGH 24.11.1975, WM 1976, 151, 152 f.; Staudinger/Weber § 242 Einleitung RdNr. N 311

2) RG 13.12.1912, Z 81, 117, 119; 26.3.1942, Z 171, 43, 46 f.; BGH 25.10.1952, Z 7, 365, 368; OLG Saarbrücken 1.12.1964, VersR 1966, 54; Flume NJW 1950, 841, 846; MünchKomm/Kötz § 5 AGBG RdNr. 1

3) BGH 26.1.1973, WM 1973, 232, 233; 29.9.1960, Z 33, 216, 218

Auslegung sei die allgemeine Lösung des stets wiederkehrenden Interessenkonflikts zwischen Verwender und Kunden⁴⁾.

Eng damit verbunden und letztlich eine weitere Begründung für eine objektive Betrachtungsweise ist die von der Rechtsprechung anerkannte Revisibilität der Auslegung von AGB. Während bei Individualverträgen und nicht typischen Vertragsgestaltungen das Revisionsgericht die vom Tatrichter vorgenommene Auslegung nur auf Rechtsfehler hin überprüfen darf⁵⁾, hat die Rechtsprechung bei sog. typischen Verträgen eine uneingeschränkte Nachprüfbarkeit der Auslegung in der Revisionsinstanz bejaht. Schon das RG hat auf diese Weise AGB, die in mehr als einem OLG-Bezirk verwandt wurden, gleichmäßig und einheitlich interpretiert⁶⁾. Der BGH hat diese Rechtsprechung fortgeführt und im Laufe der Zeit nur noch darauf abgestellt, ob "gleichlautende oder sinngemäße Klauseln in zahlreichen Erwerbsverträgen dieser Art"⁷⁾ Niederschlag gefunden haben.

4) BGH 8.5.1973, Z 60, 377, 380

5) BGH 8.2.1954, LM ZPO 550 Nr. 5; dazu gehören: Verletzung von gesetzlichen Auslegungsregeln, Denkgesetzen, Erfahrungsgrundsätzen

6) RG 13.12.1912, Z 81, 117, 119; 27.2.1915, Z 86, 283, 284; 11.5.1934, Z 144, 301, 304; 20.10.1936, Z 153, 62, 63

7) BGH 29.3.1974, Z 62, 251, 253; 13.1.1975, BB 1975, 442; 24.11.1975, WM 1976, 151, 152; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen § 5 RdNr. 21; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 5 RdNr. 14; Koch/Stübing Einl. RdNr. 43 ff.; Schmidt-Salzer E 55 f.; str. ist die Revisibilität der Auslegung ausländischer AGB, vgl. Jayme ZHR 142, 105, 122 f.

2. Beachtung von Einzeleumständen

Die objektive Auslegung berücksichtigt nicht, daß die AGB nur ein vorgefertigtes Schema sind, welches erst durch Verbindung mit den individuell ausgehandelten Vereinbarungen zu rechtlichem Leben erweckt wird. Deshalb hätte man auch Einzeleumstände in Betracht ziehen müssen. Sie hätten daraufhin geprüft werden müssen, inwieweit sie eine andere Sicht der einbezogenen Klauseln forderten⁸⁾. Nichts anderes hat letztlich die Rechtsprechung gemacht: Sie hat wegen des Umfangs der vereinbarten Klauseln auf die individuelle Vereinbarung abgestellt und unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs der Individualabrede Klauseln, die inhaltlich nicht mit den besonderen Abmachungen der Parteien vereinbart waren, individuell vertragskonform ausgelegt oder für unwirksam erklärt. So ist gewährleistet worden, daß die Klauseln nicht die Individualvereinbarungen verdrängten. AGB waren im Verhältnis zu diesen nachrangig⁹⁾.

Daß die frühere Rechtsprechung diesen Standpunkt nicht offen geteilt, sondern quasi auf halber Strecke verweilt hat, folgt m. E. aus der Stellung als Revisionsgericht. Bei Berücksichtigung der subjektiven Elemente ist die Prüfungskompetenz des BGH auf die Frage beschränkt, ob der Tatrichter bei der Auslegung gegen Rechtsregeln verstoßen hat. Die Kontrollbefugnis des BGH ist insofern eng begrenzt. Selbst wenn alle Tatsachen feststehen, kann das Revisionsgericht nicht seine Wertungen an die Stelle des Tatrichters setzen.

8) Vgl. Schmidt-Salzer F 3; Emmerich JuS 1972, 361, 366

9) BGH 6.11.1967, Z 49, 84, 89; 26.3.1969, Z 52, 30, 35; 13.1.1982, WM 1982, 447, 450

Es hat nur die Möglichkeit, die vom Berufungsgericht unter Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls vorgenommene Auslegung auf Verstöße gegen Auslegungsregeln, Erfahrungsgrundsätze, Denkgesetze usw. hin zu überprüfen. Die uneingeschränkte Nachprüfung der Auslegung in der Revisionsinstanz ist allein bei typischen Verträgen möglich¹⁰⁾.

3. Unklarheitenregel

Als weiteres Auslegungskriterium für die AGB hat die Rechtsprechung die sog. Unklarheitenregel entwickelt. Der Verwender unklar formulierter Klauseln lief Gefahr, daß dann, wenn nach Anwendung der sonstigen Auslegungsmethoden mehrere Möglichkeiten offenblieben, die für ihn ungünstigere, für den Kunden günstigere Interpretation galt¹¹⁾. Es sei seine Sache, sich klarer auszudrücken. Er trage die Verantwortung für die Eindeutigkeit der Formulierung.

4. Restriktionsprinzip

Diesem Grundsatz entspricht auch das Restriktionsprinzip. Der Kunde ist gegenüber rigorosen AGB durch enge Auslegung geschützt worden. Insbesondere Haftungsbeschränkungen, Freizeichnungsklauseln, Gewährleistungs- und versicherungsvertragliche Ausschlußklauseln hat die Rechtsprechung eng ausgelegt, um die gesetzlich normier-

10) Vgl. Koch/Stübing Einleitung RdNr. § 3 ff.; Stein § 5 RdNr. 19;

11) Clauss JZ 1960, 306, 309; BGH 12.2.1952, Z 5, 111, 115; 20.2.1967, Z 47, 209, 216; 26.1.1973, Z 60, 174, 177; OLG Karlsruhe 2.11.1977, DB 1977, 2324, 2325

ten Rechte und Ansprüche zu erhalten¹²⁾. Die enge Auslegung erstreckte sich über den Wortlaut der Klausel hinaus auch auf ihre Stellung im Gesamtvertrag¹³⁾.

Die großzügige Verwendung des Restriktionsprinzips in der jüngeren BGH-Rechtsprechung stößt bei näherem Hinsehen auf Bedenken. Zum einen ist es nach neuerer Methodenlehre nicht mehr unumstritten, Abweichungen vom dispositiven Recht als Ausnahme eng auszulegen. Entscheidend sei vielmehr die ratio legis¹⁴⁾.

Noch bedenklicher ist die Gefahr der Grenzverwischung zwischen Auslegung und Inhaltskontrolle. Deutlich wird diese Gefahr in der Entscheidung des BGH vom 29.10.1975¹⁵⁾. Die Parteien eines Kaufvertrages hatten durch AGB die Gewährleistung für einen Nachbesserungsanspruch beschränkt und gleichzeitig Ersatzansprüche für unmittelbare und mittelbare Schäden ausgeschlossen. Durch enge Auslegung der Klausel ist der BGH zu dem Ergebnis gekommen, daß der sich aus schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht ergebende Schaden davon nicht erfaßt werde. Vielmehr fände § 633 Abs. 3 BGB analog Anwendung. Ausdrücklich hat er in den Gründen

12) BGH 24.4.1975, NJW 1975, 1315, 1316 (Haftungsbeschränkung); 24.11.1976, DB 1977, 299, 300 (Gewährleistungsfreizeichnung); 7.2.1977, DB 1977, 624, 625 (Haftungsbeschränkung)

13) BGH 19.3.1957, Z 24, 39, 42 f.; vgl. dazu die Kritik bei Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 5 RdNr. 11 ff. m.w.N.; Sambuc NJW 1981, 313, 314; Ulmer/Brandner/Hensen § 5 RdNr. 27 ff.

14) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 341 f.

15) BGH NJW 1976, 106, 107

erwähnt, daß die Wirksamkeit der Klausel dahinstehen könne. Die auf diese Weise erzielten Rechtsfolgen unterscheiden sich in keiner Weise von den nunmehr in § 6 Abs. 2 festgelegten Konsequenzen für Klauseln, die einer Inhaltskontrolle nicht standgehalten haben.

5. Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung

Schließlich kennt die bisherige Rechtsprechung das Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung. Statt des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht sind zu weitgehende Klauseln durch einengende oder ergänzende Auslegung - soweit rechtlich zulässig - aufrechterhalten worden. Deutlich heißt es in einem Beschluß des BGH vom 17.9.1975: "Wenn Billigkeitserwägungen eine Einschränkung der Geltung der Suchtklausel gegenüber ihrem Wortlaut erfordern würden, dann wäre diese durch entsprechende Auslegung über § 157 BGB und nicht über § 242 BGB zu bewirken"¹⁶⁾. Der BGH wollte letztlich die Klausel erhalten. Deshalb hat er von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige vorgezogen, bei der die Vereinbarung der sich anschließenden Inhaltskontrolle standhielte¹⁷⁾. Deutlicher kann man die "terminologische und methodische Unschärfe dieses Instituts"¹⁸⁾ nicht darlegen als durch diese bewußt gegen inhaltlich unangemessene Klauseln gerichtete Auslegung: Hier betreibt der BGH "offen versteckte" Inhaltskontrolle.

16) BGH DB 1975, 24, 29

17) Mattern WM 1974, 762, 765

18) Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 5 RdNr. 15;
Bydlinski, Festschrift Kastner S. 45, 61; P. Ulmer
NJW 1981, 2025, 2026

Während bei dieser Fallgestaltung noch die Wahl zwischen verschiedenen Interpretationen der Klausel möglich war, hat die Rechtsprechung darüber hinaus auch bei eindeutigem Wortlaut und der dadurch bedingten fehlenden Auslegungsmöglichkeit geltungserhaltende Auslegung betrieben. Trotz klaren Gewährleistungsausschlusses durch einen Bauträger bei Abtretung von Ansprüchen hat der BGH die Klausel dahingehend ausgelegt, daß damit die Eigenhaftung nur insoweit abbedungen sei, als aus den abgetretenen Ansprüchen eine Schadloshaltung möglich sei¹⁹⁾. Er interpretierte so eine subsidiäre Haftung des Bauträgers in die Klausel und übersprang die Grenzen zur "offenen" Inhaltskontrolle. Im Bestreben, eine Partei zu schützen, ist der BGH - aus heutiger Sicht - dogmatisch und methodisch unhaltbare Wege gegangen.

Richtigerweise scheidet ergänzende Vertragsauslegung aus, wenn bei Abweichung vom dispositiven Recht der Richter den Vertrag ergänzen will, um etwaige durch Wegfall unwirksamer Klauseln auftretende Lücken im Voraus zu vermeiden.

Das sieht auch die Rechtsprechung. So hat der VII. Senat des BGH deutlich die Grenzen der restriktiven und ergänzenden Auslegung beschrieben: "Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Werkunternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung sowohl Schadensersatzansprüche als auch ein Rücktrittsrecht des Bestellers ausschließt. In solchem Fall kann das Gericht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht im Wege "ergänzender

19) BGH 29.3.1974, Z 62, 252, 254 f.

Auslegung" dahingehend ändern, daß dem Besteller das Rücktrittsrecht doch zustehen solle und der Ausschluß des Schadensersatzanspruchs unwirksam sei. Vielmehr ist dann der Ausschluß des Schadensersatzanspruchs nach § 242 BGB unbeachtlich²⁰⁾.

20) BGH 10.1.1974, Z 62, 83, 84

III. Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle war und ist das Kernstück der AGB-Kontrolle.

1. Prüfungsmaßstäbe des Reichsgerichts

Das RG hatte ursprünglich "mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit" keine Möglichkeit gesehen, die Parteivereinbarungen zu überprüfen¹⁾. Doch dann hat es, gestützt auf § 138 BGB, den Kampf gegen unlautere Bedingungen aufgenommen und Regelungen wegen Mißbrauchs einer faktischen Monopolstellung für sittenwidrig und nichtig erklärt²⁾. Der Inhaber einer Monopolstellung dürfe nicht ausschließlich seine Vorteile verfolgen, sondern habe, sofern das Gewerbe unentbehrlich sei, den allgemeinen Interessen Rechnung zu tragen. Seine Stellung bedinge eine gewisse Gebundenheit hinsichtlich der Vertragsbestimmungen.

Auch der Gedanke von Treu und Glauben hat Eingang in die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu AGB gefunden. Zunächst hat das RG bei einer als wirksam angesehenen Klausel dargelegt, daß die Berufung auf eine vom Versicherungsnehmer vorbehaltlos eingegangene Verfügungsklausel nicht gegen Treu und Glauben verstoße³⁾. In einer seiner letzten Entscheidungen hat das Gericht über § 242 BGB

1) RG 16.8.1883, Z 11, 100, 110

2) RG 18.1.1906, Z 62, 264, 266; 11.5.1920, Z 99, 107, 109; 1.10.1921, Z 102, 396, 397; 8.11.1926, Z 115, 218, 219

3) RG 28.6.1897, Z 34, 177, 179

die Zulässigkeit der Berufung auf eine Haftungsaus-
schlußregelung verneint⁴⁾.

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der BGH hat an diese Rechtsprechung angeknüpft und den Grundsatz von Treu und Glauben mehr und mehr in den Vordergrund gerückt. Dabei sieht er in § 242 BGB eine zwin-
gende Schranke für den Inhalt von Lieferbedingungen⁵⁾.
Als dritten Maßstab haben Rechtsprechung und Literatur
vereinzelte § 315 BGB angeführt⁶⁾. Der Schutzgedanke des
§ 315 BGB bedeute die Verpflichtung des Verwenders, die
Grenzen billigen Ermessens zu beachten und damit eine
Beschränkung der Privatautonomie.

Grund der Inhaltskontrolle ist letztlich immer die Ge-
fahr einseitiger Interessenverfolgung des häufig wirt-
schaftlich und intellektuell überlegenen Verwenders
durch einseitiges Stellen von AGB gewesen⁷⁾. Die ein-
seitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch ihn
und der damit mögliche Mißbrauch durch unbillige Klau-
seln haben die Überprüfung bedingt. Durch verschärfte
Kontrollen ist versucht worden, eine Annäherung an die
faktisch nicht mehr bestehende Äquivalenz der Ausgangs-
punkte auf seiten der Vertragsparteien herbeizuführen⁸⁾.

4) RG 14.8.1941, Z 168, 321, 329; vgl. allgemein zur
Rechtsprechung des RG: Schlosser/Coester-Waltjen/
Graba Vorbem. zu §§ 9 - 11 RdNr. 8

5) BGH 29.10.1956, Z 22, 90, 100; 29.1.1982, NJW 1982, 1035

6) BGH 29.10.1962, Z 38, 183, 186; Lukes NJW 1963, 1897 ff.;
Weber DB 1971, 129, 136

7) Vgl. BGH 28.2.1973, Z 60, 243, 245

8) Vgl. Stein Einl. RdNr. 20: Stein zeigt auch die ver-
schiedenen Ansätze zur Frage von AGB und Vertrags-
freiheit auf, zum einen den Mißbrauch bestehender,
zum anderen die Wiederherstellung verlorengegangener
Vertragsfreiheit

So hat der BGH bei der Inhaltskontrolle Begriffe aneinandergereiht, die diesen Ausgangspunkt verdeutlichen: "Verstoß gegen Erfordernisse der Gerechtigkeit sowie Treu und Glauben"⁹⁾, "anstößig, unbillig"¹⁰⁾, "Verstoß gegen die Anschauungen des anständigen Rechtsverkehrs", "unvertretbare Benachteiligung"¹¹⁾. Die frühere Rechtsprechung hat sich häufig am dispositiven Recht orientiert. Bei abweichenden Bestimmungen durch AGB mußten Gründe vorliegen, die "das dispositive Recht zugrundeliegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen"¹²⁾. Ganz allgemein dürften Klauseln "bei der Abwägung der schutzwürdigen Interessen der beiderseits an derartigen Rechtsgeschäften gemeinhin beteiligten Berufs- und Bevölkerungsgruppen der Billigkeit" nicht "widersprechen"¹³⁾. Grundsätzlich hat die Rechtsprechung bei der Inhaltskontrolle einen überindividuellen, objektiven Maßstab angelegt, ohne die Besonderheiten des Einzelfalles bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Diese Umstände haben allein beim Einwand der unzulässigen Rechtsausübung Bedeutung erlangt¹⁴⁾.

9) 2.7.1976, Z 67, 101, 104

10) 8.5.1973, Z 60, 377, 381

11) 1.4.1976, WM 1976, 638

12) 17.2.1964, Z 41, 151, 154

13) 16.4.1973, Z 60, 353, 356

14) BGH 29.5.1968, Z 50, 200, 207; 17.2.1964, Z 41, 151, 154; 29.10.1962, Z 38, 183, 185

B. Kontrolle der AGB anhand des AGBG

Das AGBG kennt - wie die bisherige Rechtsprechung - mehrere Prüfungsstufen. Der Systematik nach ist zwischen Allgemeinen Vorschriften (§§ 1 - 7) und Vorschriften betreffend die unwirksamen Klauseln (§§ 8 - 11) zu unterscheiden. Inhaltlich sind dabei weitgehend Überschreitungen mit dem bisherigen Rechtszustand gegeben. Deshalb bietet sich die Aufteilung in Prüfungsabschnitte an.

I. Die Einbeziehung von AGB in Einzelverträge

1. Grundsätze des § 2

§ 2 regelt, wie AGB Inhalt des Einzelvertrages werden. Da sie vertragsrechtliche Bestimmungen sind, muß die Einbeziehung vom rechtsgeschäftlichen Willen beider Parteien getragen werden. Der Verwender muß dem Kunden zu erkennen geben, daß er sein Klauselwerk zum Vertragsbestandteil machen will. Das erfordert einen ausdrücklichen Hinweis.

§ 2 ist zwingendes Recht. Die vorgeschriebene Form muß im Augenblick des Abschlusses des Vertrages verwirklicht werden. Eine nachträgliche Einbeziehung ist nur durch Änderungsvertrag möglich. Dazu bedarf es des ausdrücklichen Einverständnisses des Kunden in der Form von § 2 Abs. 1¹⁾.

1) MünchKomm/Kötz § 2 AGBG RdNr. 18; Koch/Stübing § 2 RdNr. 41; Erman/H. Hefermehl § 2 AGBG RdNr. 23

Daneben haben die Parteien die Möglichkeit, gem. § 2 Abs. 2 im voraus Rahmenvereinbarungen zu treffen und damit AGB für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften verbindlich festzulegen.

2. Anwendungsbereich des § 2

Der Verkehr mit Kaufleuten unterliegt aufgrund des § 24 S. 1 Nr. 1 dieser Regelung nicht. § 2 findet darüber hinaus gem. § 24 S. 1 Nr. 2 keine Anwendung, wenn die AGB gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Es gelten weiterhin die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und Vertragsabschlüsse.

Ausgenommen sind ferner die nicht unter das AGB fallenden Materien des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts (§ 23 Abs. 1)²⁾.

3. Hinweispflicht

Der Verwender muß gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 1. Teil ausdrücklich und klar auf die vorgesehenen Vertragsbedingungen hinweisen. Das kann mündlich oder durch auffällig angebrachten, unmißverständlichen Schrifthinweis erfolgen.

Ausnahmsweise genügt gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 2. Teil ein deutlich sichtbarer Hinweis am Ort des Vertragsschlusses.

2) Koch/Stübing § 23 RdNr. 9; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 23 Abs. 2 Nr. 1 RdNr. 1
Weitere Ausnahmen ergeben sich aus § 23 Abs. 2 Nr. 1, 2.

Denn bei typischen Massengeschäften ist ein ausdrücklicher Hinweis häufig nur mit sehr großen Schwierigkeiten möglich. Außerdem werden bei Verträgen des täglichen Lebens vielfach AGB erwartet und üblicherweise verwendet³⁾.

4. Kenntnisnahmemöglichkeit

Der Vertragspartner muß gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 die Möglichkeit erhalten, in zumutbarer Weise vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn der Verwender ein Formular aushändigt oder Gelegenheit gibt, Einblick in ein vorliegendes Klauselwerk zu nehmen.

Notwendig ist stets, daß die Klauseln verständlich und mühelos lesbar sind. Dabei gehört das "Kleingedruckte" typischerweise zum Erscheinungsbild von AGB und steht daher der Kenntnisnahmemöglichkeit erst entgegen, wenn die Schriftgröße nur mühsam entziffert werden kann⁴⁾.

3) Vgl. dazu das Urteil des OLG Hamm vom 8.6.1979, MDR 1979, 937: Der Verwender kann sich gegenüber Stammkunden auf Änderungen in Geschäftsbedingungen, die er in seinem Geschäftslokal aushängen hat, nur berufen, wenn er die Kunden auf die Änderung ausdrücklich hingewiesen hat

4) Locher S. 38; Ulmer/Brandner/Hensen § 2 RdNr. 54

5. "Genuine Wirksamkeitsgrenzen auf Primärverhaltenssteuerung und Bewußtmachung negativer Rechtsfolgen angelegter Klauseln"

Bei zwei Gruppen von AGB hält Lindacher die vorbeschriebenen Einbeziehungs Voraussetzungen (und die nachfolgende Inhaltskontrolle) für nicht ausreichend zum Schutz des AGB-Unterworfenen.

Zur einen Gruppe gehören Klauseln, die das Primärverhalten steuern. Wenn der Verwender durch Klarstellung und Präzisierung des Inhalts der Primärverbindlichkeit des Schuldners dessen Leistungserfüllung fördern wolle, setze das entsprechende Informationen des Vertragspartners voraus.

Die zweite Gruppe betrifft Vertragsstraferegelungen und sonstige präventive Sicherungsmaßnahmen. Sie vermöchten ihre Warnfunktion nur zu erfüllen, wenn sich der Schuldner der Sanktionsdrohung für den Fall obligationswidrigen Verhaltens bewußt sei. Dazu müsse der potentiell Betroffene sie auch zur Kenntnis nehmen⁵⁾.

Bei diesen Sachverhalten reiche die Kenntnisnahmemöglichkeit des Kunden nicht aus. Klauseln, die dispositives Recht zu Lasten des AGB-Unterworfenen modifizieren, seien nur wirksam, wenn (a) der Kunde sie effektiv zur Kenntnis nehme oder (b) vom Inhalt derselben als Bestandteil der AGB bereits effektive Kenntnis habe oder (c) eine Situation vorliege, in der aus der Kenntnisnahmemöglichkeit eine Kenntnisnahmeobliegenheit erwachse⁶⁾.

5) Vgl. Lindacher JZ 1981, 131

6) JZ 1981, 131, 133

Hintergrund der Überlegungen Lindachers ist die Annahme eines weitgehenden Kenntnismahmeverzichts aus mehreren Gründen:

Erstens herrsche in weiten Bevölkerungskreisen ein hohes Maß an Vertrauensseligkeit. Der Kunde neige dazu, anzunehmen, daß das, was allgemein praktiziert und akzeptiert werde, so schlimm nicht sein könne. Das fertig vorliegende Vertragswerk verbreite den Anschein der Rechtmäßigkeit, Vollständigkeit und Ausgewogenheit. Zweitens empfinde der Kunde bei der Konfrontation mit Klauseln ein Gefühl der Ohnmacht aus seiner intellektuellen und/oder wirtschaftlichen Unterlegenheit. Realistischerweise könne er kaum darauf hoffen, daß sich ein relativ marktmächtiger Klauselverwender zu Abänderungen bereiterkläre.

Drittens sei vor allem (Mit)Ursache des verbreiteten Desinteresses am Detailinhalt von AGB die ökonomische Sinnlosigkeit, Zeit und Geld in einen zumeist untauglichen Versuch einer günstigeren Konditionenfassung zu investieren. Anders als beim Verwender, der eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte plane und deshalb zu Recht mit Hilfe von Kautelarjuristen seine AGB entwickle, lohne es sich für das Einzelgeschäft des Kunden nicht, auch noch Nebenregelungen in AGB zur Kenntnis zu nehmen.

Aufgrund dieser Analyse hält Lindacher das Desinteresse des Kunden für verständlich und berechtigt. Im Normalfall werde er auch durch die Überraschkungsklauselregelung des § 3 und die Inhaltstkontrollnormen ausreichend geschützt. Dieser Schutz fehle aber bei den hier vorliegenden Klauseln. Deshalb sollten diese nur unter den dargelegten Voraussetzungen gelten: Außer in den Fällen tatsächlicher Kenntnisnahme, soweit nach den besonderen Umständen eine sinnerfassende Kenntnisnahme zu erwarten sei. Das sei der Fall, "wenn und soweit es sich um wenige drucktechnisch hervorgehobene Klauseln jeweils in

Unterschriftsnähe handelt und die in Frage stehende Klausel sich einem Angehörigen des Verkehrskreises, dem der Kunde angehört, inhaltlich ohne weiteres erschließt" ⁷⁾. In den übrigen Fällen bestünde für den Kunden kein Anlaß zur AGB-Lektüre. Da der Verzicht vielmehr durchaus objektiv vernünftig sei, sollte man Lindacher zufolge die Vertragsgeltung bei bloßer Kenntnismöglichkeit verneinen. Ansonsten überfordere man den Kunden.

Lindacher weist m. E. zu Recht auf den erforderlichen Schutz des AGB-Unterworfenen hin. Die Analyse zeigt, wie wenig die Kenntnismöglichkeit geeignet ist, den Vertragspartner bereits bei Vertragsabschluß vor nachteiligen Regelungen zu schützen. Der Kunde wird erst bei Schwierigkeiten mit der Abwicklung des Rechtsgeschäfts in das Klauselwerk schauen. Dem tragen jedoch § 3 und die Inhaltskontrollvorschriften ausreichend Rechnung. Hinzu kommt bei Regelungen, die das Primärverhalten steuern, § 4. Denn regelmäßig handeln die Parteien aus, wie die Leistungspflichten zu erbringen sind. Abänderungen im Klauselwerk, die dazu im Widerspruch stehen, sind unwirksam.

Die nachfolgende Darstellung der weiteren Prüfungspunkte wird zeigen, daß besondere, den Rahmen des ohnehin schon komplizierten Kontrollsystems verlassende Wirksamkeitserfordernisse nicht notwendig sind.

6. Überraschende Klauseln

Die gem. § 2 einbezogenen Klauseln sind alsdann an § 3 zu messen. In Weiterentwicklung der bisherigen Recht-

7) JZ 1981, 131, 133 r.Sp.

sprechung ordnet § 3 an, daß ungewöhnliche Klauseln in den global einbezogenen AGB nicht Vertragsbestandteil werden. "Überrumpelungsklauseln" sind aus dem Vertragswerk zu eliminieren. Das soll den Kunden davor schützen, aufgrund seiner pauschalen Einverständniserklärung ungewöhnliche Regelungen hinnehmen zu müssen. Kraft Gesetzes ist seine Zustimmung dahingehend auszulegen, daß sie sich auf derartige Bedingungen nicht bezieht⁸⁾. Er darf darauf vertrauen, daß die pauschal gebilligten Geschäftsbedingungen nicht allzuweit von den bei Verträgen gleicher Art üblichen und für ihn vorstellbaren Klauseln abweichen.

§ 3 stellt nicht auf Unbilligkeit ab, da anstößige Klauseln nicht überraschend und überraschende nicht anstoßend sein müssen⁹⁾. Daraus folgt der eigenständige Funktionsbereich des § 3 im Verhältnis zu den §§ 9 - 11. "Die sachliche Angemessenheit der streitigen Klauseln kann nicht Gegenstand der Ungewöhnlichkeitskontrolle sein, ebensowenig wie die Ungewöhnlichkeitskontrolle Gegenstand der Angemessenheitskontrolle sein kann"¹⁰⁾. Die in der zweiten Fallgruppe der früheren Rechtsprechung unter die Überraschungsklausel subsumierten Fälle¹¹⁾ sind deshalb nicht § 3 zuzuordnen. Auch der von der Rechtsprechung häufig herangezogene Gesichtspunkt des Versteckens bedeutsamer und wichtiger Klauseln greift in der bisherigen Form nicht durch. Verborgensein allein genügt nicht. Das zeigt zwar den Wunsch des Verwenders, dem Kunden Regelungen zu unterschieben, sagt aber nichts über die Ungewöhnlichkeit aus¹²⁾.

8) Larenz AT § 29 a I b S. 510 f.

9) Brandner JZ 1973, 313, 315; BGH 1.3.1978, WM 1978, 406, 408

10) Schmidt-Salzer F 24

11) Dort ergab sich die Ungewöhnlichkeit aus der sachlichen Unangemessenheit s. o. Zweites Kapitel, A.I.2.b)

12) Koch/Stübing § 3 RdNr. 11; vgl. auch OLG Hamm 14.7.181. NJW 1981, 2362; s. o. 3. Fallgruppe Zweites Kap. A.I.2.c)

Gleiches gilt bei Verständnisschwierigkeiten beim Kunden¹³⁾.

Damit verbleibt aus der bisherigen Rechtsprechung allein die erste Fallgruppe¹⁴⁾.

a) § 3 erfaßt Klauseln, die nach den Umständen bei Vertragsabschluß, insbesondere nach dem "äußeren Erscheinungsbild" ungewöhnlich sind. Der Inhalt der AGB ist anhand objektiver Kriterien, den charakteristischen Zügen des Vertrages, seinem Leitbild, Wesensgehalt, der Abfassung und Aufmachung einer etwaigen Vertragsurkunde zu messen und auf Widersprüchlichkeiten hin zu untersuchen.

Ungewöhnlich sind Klauseln, die nicht nur Modalitäten der Leistung regeln, sondern auch neue Hauptleistungspflichten begründen. Dazu gehören beispielsweise Kaufverträge, die eine Wartung der gekauften Sache nach sich ziehen (Blitzableiter) oder Lieferung zusätzlicher Waren zum Inhalt haben (Kaffee beim Kauf einer Kaffeemaschine)¹⁵⁾.

Überraschend sind weiter Bestimmungen, die den vertraglichen Gegenseitigkeitscharakter beseitigen: z. B. Vereinbarung der Mietzahlungspflicht auch für den Fall, daß Verwender bei Zahlungsverzug die Mietsache aus Sicherheitsgründen wieder an sich ziehen darf¹⁶⁾.

13) Vgl. o. 4. Fallgruppe Zweites Kapitel A.I.2.d)

14) s. o. Zweites Kapitel A.I.2.a)

15) RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 19; Ulmer/Brandner/Hensen § 3 RdNr. 26; Koch/Stübing § 3 RdNr. 9

16) OLG Hamm 4.5.1976, BB 1976, 1049

Ferner gehören hierher alle Fälle, in denen dem Vertrag durch AGB ein qualitativ anderer Charakter gegeben wird. So hat der BGH im Urteil vom 18.10.1973 einem Reiseunternehmer, in dessen Prospekten der Eindruck erweckt wurde, der angebotene Ferienhausaufenthalt sei Eigenleistung, die Berufung auf die Vermittlungsklausel untersagt¹⁷⁾.

Diese Beispiele verdeutlichen, daß auf der Rückseite des Vertrages im Kleingedruckten nichts anderes stehen darf als auf der Vorderseite vereinbart.

Schließlich seien die Fälle erwähnt, in denen das typenmäßige Leistungsverhältnis ganz wesentlich verschoben wird: Dem Mieter wird das ausschließliche Betriebsrisiko für die während der Mietzeit auftretenden Betriebsstörungen aufgebürdet¹⁸⁾.

Die objektive Komponente verlangt die Prüfung, ob das aufgrund der Umstände des Vertragsschlusses Erwartbare im Widerspruch zum Inhalt der betreffenden AGB steht¹⁹⁾.

Hinzukommen muß ein subjektives Überraschungsmoment auf seiten des Kunden. Daran fehlt es, wenn er im Einzelfall Kenntnis von der Klausel hat oder diese durch drucktechnisches Hervorheben derart ins Auge sticht, daß unter normalen Umständen der Vertragspartner den Inhalt zur Kenntnis nimmt²⁰⁾. Allerdings muß die Klausel verständlich abgefaßt sein und der Kunde ihre Tragweite

17) NJW 1974, 37, 38

18) BGH 8.10.1975, NJW 1977, 195, 196

19) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 3 RdNr. 12; vgl. auch BGH 1.3.1978, DB 1978, 1339, 1340

20) BGH 20.2.1967, NJW 1967, 1022, 1023; 30.6.1976, DB 1976, 1616, 1617; Ulmer/Brandner/Hensen § 3 RdNr. 23

erfassen können²¹⁾.

Auch die klare und unzweideutige Belehrung durch den Verwender schließt einen gesetzlich mißbilligten Überraschungseffekt aus²²⁾.

b) Beim Vorliegen überraschender AGB kommt die Parteienvereinbarung ohne diese zustande. Daher stellt sich die Frage der sachlichen Angemessenheit nicht mehr. Eine offene Inhaltskontrolle findet nicht mehr statt.

c) Es ist aber nicht zu verkennen, daß damit keine zwingenden Vorschriften für den richterlichen Arbeitsplan erlassen worden sind. Trotz vorrangiger Ungewöhnlichkeitskontrolle läßt die bisherige Rechtsprechung vermuten, daß die Richter bei leicht festzustellender Unwirksamkeit gem. § 9 ff. eine u. U. problematische Aussage zu § 3 unterlassen und zur Inhaltskontrolle übergehen²³⁾. Schlosser sieht es als zulässig an, den Eintritt einer Rechtsfolge (Wirksamkeit von einzelnen Klauseln) zu leugnen, wenn die hierfür notwendigen Voraussetzungen fehlen (Verstoß gegen § 9 ff.) und die Existenz einer anderen logisch vorrangigen Voraussetzung (Einbeziehung in den Einzelvertrag unter Beachtung von § 3) offenzulassen.

Er geht sogar noch einen Schritt weiter und erachtet es für sinnvoll, die Anwendungsbereiche der §§ 3 und 9 - 11 sich überschneiden zu lassen. Das ergebe sich aus "der Schutzfunktion des Gesetzes". Auch "im Interesse

21) Damit sind Lindachers Überlegungen zur Kenntnismöglichkeit zumindest teilweise erfaßt. Vgl. o. 2. Kapitel B.I.5.

22) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 3 RdNr. 14; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 3 RdNr. 3

23) So BGH 20.3.1978, BB 1978, 829, 830; 5.4.1978, WM 1978, 570, 572; demgegenüber bejaht OLG Karlsruhe 17.1.1980, WRP 1980, 344 den Vorrang der Prüfung gem. §§ 2 - 5 vor §§ 9 - 11 bei Individualverfahren.

der Griffigkeit der abstrakten Unterlassungsklage (sei) die Unangemessenheit einer Regelung i. S. v. § 9 aus ihrem tendenziell überraschenden Charakter herzuleiten"²⁴⁾.

Schlosser stützt diese Ansicht durch die bisherige Rechtsprechung. In weiten Bereichen lassen sich wegen der häufig vorgenommenen versteckten Inhaltskontrolle Entscheidungen sowohl den §§ 9 - 11 als auch dem § 3 zuordnen. Allerdings liefert Schlosser dann selbst eine Abgrenzung zwischen der Inhaltskontrolle und Überraschungsklauseln, die weitgehend der "Gegendefinition" von Schmidt-Salzer²⁵⁾ entspricht. Entscheidend sei bei der Inhaltskontrolle die inhaltliche Anstößigkeit, unabhängig von dem von der Klausel etwa ausgehenden Überraschungseffekt. Diesen müsse man sich für die Prüfung anhand der §§ 9 - 11 wegdenken. § 3 komme hingegen vor allem dann als Bewertungsmaßstab in Betracht, wenn sich der überraschende Charakter am Maßstab der Parteivereinbarung zeige²⁶⁾.

In dieser Definition reduziert Schlosser seine Ausgangsthese für den Endverbraucherbereich auf die Frage, ob bei tendenziell überraschendem Charakter Klauseln über die Inhaltskontrolle ausgeschieden werden können. Das hat insbesondere bei den §§ 10 Nr. 4 und 11 Nr. 13 und 14 Bedeutung. Denn hier hat der Gesetzgeber Verbote festgeschrieben, die von der bisherigen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Überraschungseffektes

24) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 3 RdNr. 2

25) F 24, vgl. o. Zweites Kapitel B.I.6.

26) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 3 RdNr. 2

entwickelt und gehandhabt worden sind²⁷⁾. Sie müßten deshalb auch weiterhin im Rahmen von § 3 überprüf- und ausscheidbar sein²⁸⁾.

Indes liegt hier nur scheinbar ein Problem vor. Wenn der Gesetzgeber in den §§ 10 Nr. 4 und 11 Nr. 13 und 14 quasi "stets überraschende Klauseln" losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls ausscheiden will, hindert das nicht die Anwendung von § 3. Liegen die oben aufgezeigten besonderen Umstände des Einzelfalls vor, scheitert die Klausel bereits bei der Einbeziehung. Umgekehrt vermag auch eine besondere Aufklärung (dann fehlt es am subjektiven Überraschungsmoment) keine endgültige Wirksamkeit herbeiführen und eine Kontrolle anhand der §§ 9 - 11 verhindern. Der dadurch erreichte doppelte Schutz des Vertragspartners des Verwenders sollte billigend in Kauf genommen werden.

27) Vgl. LG Nürnberg/Fürth 25.5.1962, NJW 1962, 1513; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 11 Nr. 14 RdNr. 4 ff.; RegE. zu § 9 Nr. 14, BT-Drucks. 7/3919, S. 38; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 3 RdNr. 2

28) so RegE. zu § 9 Nr. 14, BT-Drucks. 7/3919, S. 38

II. Auslegung

Für die Auslegung der in den Vertrag einbezogenen Klauseln schreibt das AGBG Aspekte des bisherigen Rechtszustandes fest. Im übrigen verbleibt es dabei, daß die Klauseln zunächst nach objektiven Maßstäben, losgelöst von der zufälligen Gestaltung des Einzelfalls und vom Verständnis des Durchschnittskunden ausgehend zu interpretieren sind. Dabei müssen der wirtschaftliche Zweck und die gewählte Ausdrucksweise beachtet werden.

Zwei Regelungen sind im AGBG besonders verankert: der Vorrang der Individualabrede (§ 4) und die Unklarheitenregel (§ 5). Ihre Anordnung im Gesetz entspricht der logischen Rangfolge.

1. Vorrang der Individualabrede

Der in § 4 verankerte Grundsatz vom Vorrang der Individualabrede ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen¹⁾. Nachdem feststeht, in welchem Umfang vorformulierte Bestimmungen unter Beachtung der §§ 2 und 3 Vertragsinhalt geworden sind, ist zu ermitteln, in welchem Verhältnis die AGB zur Individualabrede stehen. Der Grund hierfür ist die Annahme, daß die Parteien mit ihren individuellen Absprachen ausdrücklich erklären, daß insoweit die pauschal übernommenen AGB nicht gelten sollen. Sie werden damit regelmäßig nicht Vertragsbestandteil²⁾. Denn zumeist haben die Parteien bewußt ihre

1) BGH 13.1.1982, WM 1982, 447, 450

2) Trinkner, Festschrift Cohn S. 191, 192; MünchKomm/Kötz § 4 AGBG RdNr. 2, 3; Dietlein/Rebmann § 4 RdNr. 2; Schmidt-Salzer E 9 f.; Koch/Stübing § 4 RdNr. 1; a.A. Erman/H. Hefermehl § 4 AGBG RdNr. 11

Individualabsprache getroffen, um bestimmte AGB-Klauseln auszuschließen oder zu verhindern, daß die Bedingungen in ihrer Gesamtheit etwas anderes regeln als erwünscht. Deshalb treten die "allgemeinen Klauseln" bei Wegfall des von den Parteien Ausgehandelten nicht subsidiär an dessen Stelle, sondern entfallen.

Nur ausnahmsweise ist Nachrangigkeit zu bejahen. Haben die Parteien etwa im Wege der Individualvereinbarung die Zuständigkeit von Schiedsgerichten vereinbart, verdrängt diese Absprache die in den formularmäßigen Lieferbedingungen einer Partei enthaltene Gerichtsstandsklausel. Soweit die Schiedsgerichtsbarkeit praktiziert wird, entfällt die Gerichtsstandsklausel wegen ihrer Unvereinbarkeit.

Nehmen die Parteien dagegen übereinstimmend von der Schiedsgerichtsvereinbarung Abstand oder erweist sie sich als unwirksam, kann ausnahmsweise auf die Gerichtsstandsklausel zurückgegriffen werden, wenn anzunehmen ist, daß die liefernde Partei ein offensichtliches Interesse hat, an einem bestimmten Ort zu prozessieren³⁾. Der Annahme grundsätzlicher Subsidiarität der AGB⁴⁾ kann ich nicht zustimmen. Der Vertragspartner des Verwenders trüge immer das Risiko des Scheiterns der Individualabrede. Ihm würden selbst dann die Klauseln aufgezwungen, wenn er diese ausschließen wollte und die Ausschußregelung ausnahmsweise unwirksam ist. Wohlmöglich scheitert sie auch noch an Vorschriften, die gerade seinen Schutz betreffen.

3) Vgl. dazu BGH 26.3.1969 Z 52, 30, 35 zum Verhältnis von Schiedsgerichtsklauseln zu Gerichtsstandsklauseln

4) Ulmer/Brandner/Hensen § 4, RdNr. 46; Erman/H. Hefermehl § 4 AGBG RdNr. 11

Der große Anwendungsbereich von § 4 bedingt, daß die Parteivereinbarungen vielfach auch AGB verdrängen, die einer nachrangigen Inhaltskontrolle nicht standhielten. Von der Systematik her stellt sich dann kein Konkurrenzproblem. Das Vorrangsprinzip in § 4 führt zur Geltung der Individualabrede. Auch vom Arbeitsplan des Richters ist eine sofortige Inhaltskontrolle nicht möglich, denn es können nur die Klauseln entscheidungserheblich sein, die Vertragsinhalt geworden sind. Damit unterliegen auch nur sie und nicht die durch Individualabrede verdrängten Klauseln der Inhaltskontrolle.

Der Vorrang der Individualvereinbarung kann selbst dann nicht dahingestellt bleiben, wenn die etwa verdrängte Klausel eindeutig unwirksam ist. Denn dann bedarf es der weiteren Feststellung, ob die Bedingung insgesamt oder nur teilweise nichtig ist und wie die gegebenenfalls entstandene Vertragslücke zu schließen ist. Dabei können sich andere Ergebnisse ergeben als bei der Abwicklung des Vertrages ohne die verdrängte Klausel.

a) Der Vorrang der Individualabrede wird besonders deutlich beim unmittelbaren Widerspruch zu den Klauseln. Individuell geregelte Vertragsdauer, Leistungsfreiheit, Preisvereinbarungen, Haftungsabreden, Lieferungsmodalitäten usw. gehen korrespondierenden Klauseln vor. Auch der besonders geregelte Vertragsgegenstand kann nicht durch AGB geändert werden. Haben die Parteien beispielsweise einen Vertrag über 70 m-Rollen Kreppapier geschlossen, ergibt die objektive Auslegung, daß die Länge im gekreppten Zustand zugrunde zu legen ist. Sonst hätte man ja gerade kein Kreppapier gekauft. Steht nun in den AGB, daß die Rollenlängenmaßangaben nur flache DIN-Längen sind, liegt ein Widerspruch zu den Individualvereinbarungen vor. Die Klausel ist unwirksam⁵⁾.

5) Vgl. dazu OLG Stuttgart 27.10.1960, BB 1961, 67 und weitere Beispiele bei Schmidt-Salzer E 11

b) Auch bei mittelbarem Widerspruch greift § 4 ein. Schmidt-Salzer faßt darunter Sachverhalte, bei denen in AGB eine Freizeichnung von Pflichten erfolgt, deren Erfüllung erst die Voraussetzungen für das Erreichen des Vertragszwecks schafft. Sie sind für das betreffende Rechtsgeschäft von essentieller Bedeutung (sog. Kardinalspflichten⁶⁾). Der Abschluß des Vertrages bedeute als solches schon die schlüssige Vereinbarung der freigezeichneten Sanktion. Denn dadurch stellten die Parteien klar, daß sie von den individuell abgesprochenen Rechten und Pflichten ausgingen und eben gerade keine Umgestaltung wollten. Verdeutlicht wird dieser Ausgangspunkt an Beispielen wie dem Haftungsausschluß für Ratsschläge und Auskünfte bei Bankverträgen mit besonderer Beratungspflicht, Freizeichnung von der Haftung für die Seetüchtigkeit bei Seefrachtverträgen usw.⁷⁾.

Die Ergebnisse verdienen Zustimmung. Die Begründung wirft Fragen auf, ob es sich wirklich um eine Fallgruppe im Sinne von § 4 handelt, nicht vielmehr Klauseln vorliegen, die an § 3 oder den §§ 9 - 11 zu messen sind, hier nicht ~~verdeckte~~ Inhaltskontrolle vorgenommen wird.

Zu den von Schmidt-Salzer und H. Hefermehl zitierten Entscheidungen gehört auch das Urteil des BGH vom 24.2.1971⁸⁾. Das betraf die Frage, ob der Heizöllieferant in seinen Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen sich von Schadensersatzansprüchen freizeichnen könne, die auf das Überlaufen der Tanks zurückzuführen waren. Übereinstimmend wird das verneint.

6) E 20; zustimmend Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 4 RdNr. 16 - 25; Erman/H. Hefermehl § 4 AGBG RdNr. 6

7) Schmidt-Salzer E 21; Erman/H. Hefermehl § 4 AGBG RdNr. 6

8) NJW 1971, 1036, "Heizölentscheidung"

Schmidt-Salzer betrachtet die Überwachungspflicht, ob die Tanks des Käufers die in den Lieferscheinen ausgewiesene Menge aufnehmen können, als Kardinalspflicht des Liefervertrages. Er hält eine formularmäßige Risikoüberwälzung auf den Kunden für unwirksam.

Der BGH hat anders argumentiert: Er hat die Klausel als überraschend und vom generellen Unterwerfungswillen des Vertragsgegners nicht mehr gedeckt angesehen. Von dieser Argumentation her gehört die Klausel zur zweiten Fallgruppe der früheren Rechtsprechung, zu den Überraschklauseln. Der BGH hat mithin Inhaltskontrolle vorgenommen. Denn sein Ausgangspunkt ist die Frage, ob für den betreffenden Vertrag die Klausel eine "sinnvolle und interessengerechte", eine bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen angemessene Regelung darstellt. Das ist zu verneinen, da dem Durchschnittskäufer die erforderliche technische Sachkunde fehlt und er nicht in der Lage ist, den Umfüllvorgang zu überwachen.

Richtigerweise sind Bedingungen, die Kardinalspflichten betreffen, an den Klauselkatalogen und Generalklauseln zu messen⁹⁾. Nur so lassen sich Überschneidungen zwischen Inhaltskontrolle und dem Prinzip des Vorrangs der Individualabrede vermeiden.

Wenn der Begriff mittelbarer Widerspruch aufrechterhalten bleiben soll, muß er mit neuem Gehalt gefüllt werden. Anzuknüpfen ist an die Begründung zum Vorrangprinzip im Regierungsentwurf¹⁰⁾. Er weist als Beispiel auf die Entscheidung des BGH vom 6.11.1967¹¹⁾ hin.

9) Stein § 4 RdNr. 6

10) zu § 4, BT-Drucks. 7/3919, S. 20

11) Z 49, 84, 87

Im Auftragsformular eines Maklers war die Berechtigung des Auftraggebers durch handschriftlichen Zusatz aufgenommen worden, sein Grundstück selbst oder durch einen anderen Makler zu verkaufen. Die als Alleinauftrag gefaßten AGB sahen für diese Fälle eine Provisionspflicht des Auftraggebers vor. Dadurch wird zwar kein unüberbrückbarer Widerspruch zur Individualvereinbarung geschaffen, gleichwohl ist die handschriftliche Zusatzvereinbarung sinnlos. Wenn die Rechte eines Vertragspartners mit Sanktionen belegt werden, wird er von ihnen nie Gebrauch machen. § 4 verhindert, daß individuelle Vertragsvereinbarungen ganz oder teilweise ihren Sinn verlieren.

§ 4 gilt gleichfalls für Verträge, die die Eigenschaft eines Kaufgegenstandes garantieren, zugleich aber Freizeichnungsklauseln und Bedingungen enthalten, mit denen sich der Verkäufer von der Haftung für die Zusicherung von Eigenschaften der Sache befreien will¹²⁾. Die Haftungsbegrenzung ist unwirksam, wenn die Vertragsauslegung ergibt, daß der Kunde gegen die durch Fehlen einer Eigenschaft bedingten Mangel- und Mangelfolgeschäden abgesichert sein will¹³⁾.

Diese Beispiele verdeutlichen, wie der mittelbare Widerspruch zu verstehen ist: Besondere, über die Kardinalspflichten hinausgehende Absprachen zwischen dem Verwender und seinem Vertragspartner sollen nicht durch AGB ihren Sinn verlieren.

c) Eine dritte Fallgruppe des § 4 erfaßt Fälle, in denen AGB-Klauseln selbst Regelungen für den Abschluß oder die

12) BGH 10.10.1977, DB 1978, 204

13) Vgl. Thamm NJW 1976, 225, 226 m.w.N.

Abänderung des Individualvertrages aufstellen (insbesondere sog. Schriftformklauseln). Ursprünglich war im Klauselkatalog des jetzigen § 11 eine Regelung vorgesehen, wonach Bedingungen stets unwirksam sein sollten, durch die "die Wirksamkeit vertraglicher Abreden von der Einhaltung der Schriftform oder davon abhängig gemacht wird, daß der Verwender sie schriftlich bestätigt"¹⁴⁾. Demgegenüber wollte die CDU/CSU den Ausschluß mündlicher Nebenabreden in AGB ausdrücklich zulassen¹⁵⁾. Beide Vorschläge wurden nach eingehender Diskussion im Rechtsausschuß verworfen. Dem letzten Entwurf stand die Überlegung entgegen, daß die gewillkürte Form jederzeit zur Disposition der Parteien steht, ohne die von ihnen selbst gewählte Form aufzuheben¹⁶⁾. Der Regierungsvorschlag fiel, da im Interesse der Rechtsklarheit und zur Erleichterung des Beweises wichtiger Nebenabreden ein Bedürfnis für derartige Klauseln anerkannt worden ist¹⁷⁾.

Die Gesetzesentwicklung verdeutlicht, daß es sich hier keineswegs um Fragen der Inhaltskontrolle handelt. § 4 ändert die bisherige Rechtsprechung nicht. Schriftformklauseln sind grundsätzlich beachtlich. Sie können durch Individualvereinbarungen jedoch leicht abgeändert werden. Der den Klauseln unterworfenen Vertragspartner hat dann darzutun und zu beweisen, daß abweichende Absprachen getroffen worden sind. Beweisthema ist das Bestehen von Nebenabreden, nicht die Schriftformklausel als solche¹⁸⁾.

14) § 9 Nr. 17 des RegE., BT-Drucks. 7/3919, S. 7, 39 f.

15) § 3 Abs. 2 CDU/CSU-E., BT-Drucks. 7/3200, S. 3, 10

16) Vgl. BGH 2.6.1976, NJW 1976, 1395; Koch/Stübing § 4 RdNr. 13; Schmidt-Salzer E 16; Stein § 4 RdNr. 4 m.w.N.

17) Dietlein/Rebmann § 4 RdNr. 13; Rechtsausschuß zu § 4, BT-Drucks. 7/5422, S. 5

18) Koch/Stübing § 4 RdNr. 15; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 4, RdNr. 29; Ulmer/Brandner/Hensen § 4 RdNr. 47

Allein der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß in diese Fallgruppe auch AGB-Klauseln gehören, durch die Vertretungsmacht eingeschränkt wird: "Mündliche Vereinbarungen haben keine Gültigkeit; die Vertreter sind nicht berechtigt, dem Kunden Zusagen irgendwelcher Art zu machen" oder "Nebenabreden haben nur Gültigkeit, wenn sie vom Verwender schriftlich bestätigt werden"¹⁹⁾.

d) Schließlich faßt Schmidt-Salzer noch Klauseln unter § 4, durch die der Funktionsbereich des Individualvertrages erweitert oder eingeschränkt wird²⁰⁾. Der Vertragsbereich werde durch Individualabrede abgesteckt.

So könnten beispielsweise durch AGB nicht Pflichten auf andere Personen erweitert werden. Die hierzu von Trinkner zitierte Entscheidung des LG Berlin betraf den Abschluß eines Kaufvertrages durch die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt. In den Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen stand, daß die Unterschrift der Ehefrau zugleich im eigenen Namen abgegeben werde²¹⁾.

Ebensowenig könnte der Vermieter einer Wohnung, der zugleich ein Möbelhaus betreibt, den Mieter durch AGB verpflichten, seine Einrichtung ausschließlich bei ihm zu erwerben²²⁾.

19) Koch/Stübing § 4 RdNr. 16; Stein § 4 RdNr. 11; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 4 RdNr. 30; Ulmer/Brandner/Hensen § 4 RdNr. 49

20) Schmidt-Salzer E 24, ihm folgend Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 4 RdNr. 31

21) 1.10.1968, NJW 1969, 141 mit Anm. Schmidt-Salzer. Darin vertritt er allerdings die Meinung, daß ein unmittelbarer Widerspruch zwischen Individualabreden und AGB vorliege.

22) Schmidt-Salzer E 25 mit weiteren Beispielen

Den Ergebnissen ist zuzustimmen, der Zuordnung zu § 4 nicht. Derartige Klauseln scheitern häufig schon an § 3. Im übrigen sind sie den Inhaltskontrollvorschriften zuzuordnen. Das wird durch § 11 Nr. 14 deutlich. Schmidt-Salzer selbst setzt Funktionsbereich und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild gleich, führt so eine Angemessenheitsprüfung und damit Inhaltskontrolle durch.

Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgebestimmungen - § 6 findet bei § 4 keine Anwendung, da die Individualabrede den Vertragsinhalt bestimmt - ²³⁾ dürfen die Grenzen zur Inhaltskontrolle nicht verwischt werden.

Mithin ist diese Fallgruppe nicht § 4 zuzuordnen.

2. Unklarheitenregel

Der Unklarheitenregel liegt die Überlegung zugrunde, daß derjenige das Risiko objektiver Mehrdeutigkeit, Verworrenheit zu tragen hat, der die betreffenden Klauseln formuliert oder für sich übernommen hat. Zum Schutz des Kunden ist im Zweifel von der für diesen günstigeren Regelung auszugehen.

Voraussetzung des § 5 ist, daß die Auslegung der Klauseln zu keinem Ergebnis geführt hat. Die Regelung muß objektiv mehrdeutig sein. Diese Mehrdeutigkeit darf sich durch andere Auslegungsmittel nicht beseitigen lassen ²⁴⁾.

23) Koch/Stübing § 6 RdNr. 7; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 9; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 2; a.A. Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 2 für den Fall, daß die Individualabrede keine Gültigkeit hat. Das ist abzulehnen, da § 6 nur Rechtsfolgeregelung für unwirksame AGB ist und nicht den Wegfall von Individualvereinbarungen erfaßt.

24) BGH 7.2.1979, NJW 1979, 2148 r. Sp.; 20.11.1977, DB 1978, 629 r. Sp.

a) Möglicherweise kann der Klauselinhalt durch großzügige Anwendung des Restriktionsprinzips in vielen Fällen eindeutig ermittelt werden. Die frühere Rechtsprechung hat auf diese Weise versucht, den Kunden belastende Klauseln möglichst eng auszulegen²⁵⁾. Das schützte den Kunden.

Dieses Ergebnis ließe sich auch dadurch erreichen, daß die für den Kunden günstigeren - soweit überhaupt vorhanden - die den Verwender in die Pflicht nehmenden Regeln weit auszulegen sind²⁶⁾. Damit könnte ebenfalls Mehrdeutigkeit entfallen. Dieser Weg enthält allerdings die Gefahr der Grenzverwischung zur Inhaltskontrolle. Bereits bei enger Auslegung kann es vorkommen, daß wegen der mitfließenden Interessenauslegung nicht mehr ausgelegt, sondern bereits inhaltlich gewertet wird. So mag etwa eine an sich untragbare Regelung abgemildert und durch Einengung tragbar gemacht werden. "Kontrollfeste Auslegung" entzieht jedoch die Regelungen der Inhaltskontrolle. Das widerspricht der Gesetzessystematik²⁷⁾. Um dem entgegenzuwirken, ist strikt auf die Einhaltung eines schmalen Anwendungsbereichs restriktiver Auslegung zu achten. Deshalb kommt der vorbeschriebene Weg nicht in Betracht.

b) Wenn enge Auslegung objektive Mehrdeutigkeit eines Klauselinhalts nicht beseitigen kann, greift die Unklarheitenregel ein. Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ist die für den Kunden günstigere Auslegungs-

25) Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 5 RdNr. 27 ff. m.w.N.

26) Vgl. Koch/Stübing § 5 RdNr. 8; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 5 RdNr. 9

27) Erman/H. Hefermehl § 5 AGBG RdNr. 7; Stein § 5 RdNr. 12; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 5 RdNr. 6

möglichkeit zu wählen. Dabei ergeben sich wiederum Berührungspunkte mit der Inhaltskontrolle. Denn möglicherweise ist bei der Bestimmung des für den Kunden günstigeren Klauselinhalts auf die Ergebnisse der nachfolgenden Inhaltskontrolle und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen abzustellen.

aa) So bietet es sich an, zunächst zu prüfen, ob die "kundenfeindlichste" Auslegung gegen die §§ 9 - 11 verstößt. Sollte das der Fall sein, sind die Rechtsfolgen zu betrachten. Alsdann wäre das Ergebnis bei "kundenfreundlichster" Auslegung der Klausel festzustellen. Hielte die Fassung mit diesem Inhalt der Generalklausel und den Klauselkatalogen stand, so könnte ein Vergleich der Rechtsfolgen ergeben, daß die "kundenfeindlichste" Auslegung zu den für den Kunden günstigsten Ergebnissen führt. Denn zumeist steht der Verwender bei Unwirksamkeit der Bedingungen letztlich schlechter da als bei Weitergeltung mit dem für ihn ungünstigsten Inhalt²⁸⁾.

bb) Demgegenüber besteht auch die Möglichkeit, ohne Blick auf die Ergebnisse der Inhaltskontrolle, den kundengünstigsten Inhalt der Klausel festzustellen. Ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit der Regelung kann erforscht werden, in welcher Fassung sie den Kunden am besten stellt. Erst danach ist auf die Vereinbarkeit der so verstandenen Bestimmung mit den §§ 9 - 11 einzugehen. Wer zuvor auf diese Vorschriften schaut und somit materiellen Kriterien der Vertragsgerechtigkeit Rechnung trägt, betreibt unter dem Deckmantel der Unklarheitenregel Inhaltskontrolle. Die Ergebnisse der

28) So Erman/H. Hefermehl § 5 AGBG RdNr. 12; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 5 RdNr. 4; Koch/Stübgen § 5 RdNr. 12

früheren Rechtsprechung zeigen, wie groß die Gefahr einer solchen Grenzverwischung ist²⁹⁾.

cc) M. E. muß im Individualverfahren der zweite Weg gewählt werden. Der erste Weg, eine vorweggenommene Inhaltskontrolle zugunsten des Kunden im Rahmen der Unklarheitenregel bedeutet, dem Verwender gesetzlich zustehende Möglichkeiten zu nehmen.

Der Sprachgebrauch verdeutlicht, wie einseitig dabei vorgegangen wird. Denn "kundenfreundliche" und "kundenfeindliche" Auslegung wird trotz eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht mehr identisch mit den Begriffen "Auslegung zu Gunsten des Kunden / zu Lasten des Verwenders bzw. zu Lasten des Kunden / zugunsten des Verwenders" gebraucht.

Hinzukommt, daß durch die (angestrebte) Unwirksamkeit der AGB Lücken im Klauselwerk entstehen. Das widerspricht dem Versuch des Gesetzgebers, den Umfang der Nichtigkeit einzudämmen.

Deshalb darf Klauselauslegung nicht die Ergebnisse nachgeordneter Inhaltskontrolle einbeziehen. Zunächst ist die Unklarheit zu beseitigen, dann der gefundene Regelungsinhalt zu überprüfen.

29) Vgl. MünchKomm/Kötz § 5 AGBG RdNr. 7

III. Inhaltskontrolle

Die eigentliche offene Inhaltskontrolle basiert auf den Kernvorschriften des AGB, den §§ 8 - 11 im Zweiten Unterabschnitt des materiell-rechtlichen Teil.

Das Gesetz verwendet den Begriff nur in der Überschrift von § 8.

Inhaltskontrolle beschreibt die Anwendung der in den §§ 9 - 11 niedergelegten Grundsätze auf die zu überprüfenden AGB. Hierauf können die Parteien nicht wirksam verzichten, da es sich um zwingendes Recht handelt. Die Prüfungsreihenfolge folgt aus dem Charakter der Klauselkataloge §§ 10 und 11 als typologischer Erschließung der Generalklausel.

Im Schuldrecht bedarf es weitgehender Gestaltungsmöglichkeiten. Die Vielfalt der Lebensverhältnisse und wirtschaftlichen Bedürfnisse fordern ein großes Maß an Flexibilität. Zwingende Normen genügen wegen ihrer Starrheit dieser Notwendigkeit nicht. Deshalb hat der Gesetzgeber nur in wichtigen Bereichen bindende Wertungen aufgestellt. Dem Verwender sind damit Hinweise auf zulässige Gestaltungen gegeben, die zu großer Rechtssicherheit führen. Gleichzeitig ist mittels einer Generalklausel eine Regelung geschaffen, die flexibel genug zur Einzelfallbeurteilung ist.

1. Inhaltskontrolle gem. § 11

§ 11 ist (im Endverbraucherbereich) die erste Kontrollnorm. Die AGB sind daraufhin zu überprüfen, ob sie die strikte Geltung der dort enthaltenen Klauselverbote beachten. Ohne Abwägung im Einzelfall, d. h. "ohne

Wertungsmöglichkeit", führen Verstöße zur Unwirksamkeit¹⁾.

Unglücklich und mißverständlich ist die Bezeichnung als Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Denn nach § 11 sind doch Wertungen erforderlich. So ist im Rahmen von Nr. 7 die "grob fahrlässige Vertragsverletzung" festzustellen. Diese Feststellung ist allerdings im Rahmen einer vom Gesetzgeber vorweggenommenen und abgeschlossenen Wertung durchzuführen, ohne daß für den Einzelfall eine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen ist²⁾.

2. Inhaltskontrolle gem. § 10

Als dann ist im zweiten Schritt die Vereinbarkeit mit dem die Generalklausel präzisierenden Klauselkatalog "mit Wertungsmöglichkeit", § 10, festzustellen. Wegen der in den einzelnen Verboten verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe ("unangemessen", "nicht hinreichend bestimmt", "ohne sachlich gerechtfertigten Grund", "unzumutbar") bedarf es dabei einer Wertung des Einzelfalls³⁾. Denn die in § 10 niedergelegten Klauseln sind zwar generell für den Kunden gefährlich, vermögen jedoch ausnahmsweise wegen ihrer konkreten Ausgestaltung den Rahmen des Angemessenen zu beachten.

1) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner §§ 8 - 11 RdNr. 18, 20; vgl. auch MünchKomm/Kötz Vor § 8 AGBG RdNr. 3, der darauf hinweist, daß man sich den Richter insoweit offenbar als Subsumtionsautomaten vorzustellen habe.

2) Locher S. 62

3) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner §§ 8 - 11 RdNr. 19; Koch/Stübing Vorbem. zu §§ 8 - 11 RdNr. 6, 7; Palandt/Heinrichs § 10 AGBG Vorbemerkung

3. Inhaltskontrolle gemäß § 9

Soweit die AGB nicht an den Verbotskatalogen scheitern, kommt die allgemeine Auffangvorschrift, § 9, zur Anwendung.

Soweit bereits die "spezialisierten Verbotskataloge" verletzt sind, ist eine Einzelfallbeurteilung anhand des § 9 unzulässig⁴⁾. Die Ergebnisse der Prüfung dürfen nicht dadurch korrigiert werden, daß bei einer anschließenden Anwendung der Generalklausel die Bedingungen als im ganzen angemessen und daher wirksam beurteilt werden. Denn die Kataloge bestimmen zwingend die Unwirksamkeit und sind nur beispielhafte Aufzählungen für eine Prüfung gem. § 9⁵⁾. In ihnen hat der Gesetzgeber zum großen Teil gesicherte Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung kodifiziert, sie gleichzeitig aber in vielen Punkten fortgeschrieben.

Ebenso unstreitig ist, daß § 9 dann anzuwenden ist, wenn §§ 10 und 11 die zu prüfende Klausel inhaltlich nicht erfassen.

a) Erweisen sich AGB nach § 11 nicht als schlechthin unangemessen, könnte umgekehrt ihre Wirksamkeit endgültig feststehen. Dann müßte dieser Katalog präzise gefaßter Verbote dahingehend zu verstehen sein, daß Klauseln ausschließlich an § 11 zu messen sind. Dieser Auslegung steht entgegen, daß durch die Generalklausel in lückenhafter Auslegung Rechtsschutz gegen unangemessene AGB erreicht werden soll⁶⁾. § 11 hat gerade nicht die Aufgabe, bestimmte Bereiche aus § 9 auszuklammern. Vielmehr

4) RegE. zu § 7, BT-Drucks. 7/3919 S. 22

5) Schmidt-Salzer F 14

6) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 2;
MünchKomm/Kötz Vor § 8 AGBG RdNr. 2

wollte der Gesetzgeber zusätzlich zur Generalklausel Leitlinien zur Inhaltskontrolle verfassen, die Signalwirkung haben und eine Konkretisierung und Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung ermöglichen⁷⁾. Da § 11 weiter der Gesichtspunkt zugrundegelegt hat, losgelöst vom konkreten Sachverhalt Klauseln auszuschneiden, muß die Möglichkeit bestehen, auf die Besonderheiten des Einzelfalls zu reagieren. Das geht über § 9.

So können beispielsweise nach § 11 Nr. 12 lit. a bei Dauerschuldverhältnissen keine längeren Laufzeiten als zwei Jahre wirksam vereinbart werden. Im Einzelfall - Zeitungsabonnement⁸⁾, Schularbeitengemeinschaftsvertrag⁹⁾ - kann aber auch ein Zeitraum von bis zu zwei Jahren eine unangemessene Benachteiligung des anderen Vertragsteils nach sich ziehen.

In gleicher Weise kann ein Aufrechnungsverbot in Übereinstimmung mit § 11 Nr. 3 stehen, aber aus anderen, dort nicht erwähnten Gründen - Konkurs¹⁰⁾ - unwirksam sein.

Deshalb muß m. E. bei Klauseln, die nicht zum Bereich der nach § 11 stets unwirksamen Bedingungen gehören, eine Überprüfung gem. § 9 sich anschließen¹¹⁾.

7) Löwe/Graf von Westphalen/Tinkner §§ 8 - 11 RdNr. 18; Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 58; MünchKomm/Kötz Vor § 8 AGBG RdNr. 2

8) Dietlein/Rebmann § 9 RdNr. 5

9) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 3

10) Vgl. BGH 2.12.1974, NJW 1975, 442

11) BGH 7.10.1982, BB 1982, 146, 147 m.w.N.; Löwe BB 1982, 152 m.w.N.; MünchKomm/Kötz § 11 AGBG RdNr. 3

b) § 10 hingegen scheint einen lückenlosen Rechtsschutz zu gewährleisten. Da die Einzelverbote des § 10 durch das Wort "insbesondere" eingeleitet werden und der Katalog seiner Stellung nach unmittelbar auf § 9 folgt, konkretisiert dieser beispielhaft den Maßstab des angemessenen Interessenausgleichs für § 9. Die unbestimmten Rechtsbegriffe bilden das Einfallstor für die Ausfüllung im Sinne des Benachteiligungsverbots der Generalklausel¹²⁾. Mithin ist regelmäßig für § 9 kein Raum mehr.

Nur ausnahmsweise kommt der Generalklausel in diesem Bereich selbständige Bedeutung zu. § 10 Nr. 5 bestimmt, daß AGB-Klauseln, die z. B. das Schweigen des Kunden als Genehmigung deuten, unter bestimmten Voraussetzungen wirksam sind. Selbst wenn die Punkte des § 10 Nr. 5 lit. a und lit. b erfüllt sind, kann die Regelung noch als Ganzes den Kunden benachteiligen: So bildet Kötz den Fall¹³⁾, daß der Verwender sich vorbehalten hat, jederzeit ohne Angabe der Gründe mit Zustimmung des Kunden seine Vertragsverpflichtung zu lösen. Dabei soll diese Zustimmung als erklärt gelten, sofern der Kunde nicht binnen einer (an sich angemessenen) Frist protestiert. Dann kann ein Verstoß gegen § 9 vorliegen, soweit ein schutzwürdiges Interesse an jederzeitiger grundloser Vertragsauflösung fehlt.

Dieses Beispiel verdeutlicht, daß § 10 nicht den gesamten Bereich der Generalklausel abdeckt. Wie bei § 11 bildet diese Vorschrift nur bei festgestellter Unwirksamkeit eine Sperre. Wenn der Kernbereich nicht betroffen ist, kommt § 9 zur Anwendung.

12) Koch/Stübing § 9 RdNr. 6; Dietlein/Rebmann § 9 RdNr. 6; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 9 RdNr. 7; RefE. BB 1974, Beilage 18/74 S. 4

13) MünchKomm/Kötz § 10 AGBG RdNr. 27

c) Bei Prüfung der Auffangregelung des § 9 ist zunächst auf dessen Abs. 2 einzugehen. Dieser konkretisiert das in Abs. 1 enthaltene Verbot unangemessener Benachteiligung.

§ 9 Abs. 2 nennt zwei Orientierungskriterien: die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts und die Erfüllung grundlegender, sich aus der Vertragsnatur ergebender Rechte und Pflichten¹⁴⁾.

Falls diese Kriterien nicht weiterhelfen, ist auf Abs. 1 einzugehen¹⁵⁾. Wegen des weiten Anwendungsbereichs von Abs. 2 scheitert an dieser letzten Prüfungsstufe kaum noch eine Klausel¹⁶⁾.

14) Hensen JA 1981, 133, 139

15) Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 55

16) Staudinger/Schlosser § 9 RdNr. 14

IV. AGB-Kontrolle im Verfahren gem. §§ 13 ff.

Neben der inzidenten Kontrolle von AGB im Rechtsstreit zwischen Verwender und Kunden ist seit dem 1. April 1977 eine abstrakte Überprüfung möglich. Die neuartige Verbandsklage soll mißbräuchliche Verwendung von Klauseln unterbinden.

Die §§ 13 ff. bieten durch eine Art Unterlassungs- und Widerrufsklage institutionalisierten Schutz vor Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB. Die Besonderheit: Der Vertragspartner braucht (zumindest theoretisch) vor dem Abschluß eines Vertrages mit derartigen Klauseln nicht gesondert geschützt werden. Denn die Unwirksamkeit der Klauseln selbst, die im Rechtsstreit zwischen dem Kunden und Verwender festgestellt werden kann, begründet bereits seinen Schutz¹⁾.

1. Das Schlagwort von der positiven Breitenwirkung

Im Vordergrund der gesetzgeberischen Überlegungen stand die Erkenntnis, daß die gerichtliche Überprüfung der AGB im Rahmen eines Rechtsstreits nicht effektiv genug war. Die Rechtsgrundsätze des Zivilprozesses bedingten (und bedingen), daß eine gerichtliche Entscheidung nur für den konkreten Fall Wirkungen entfaltete. Es fehlte dieser Kontrolle wegen der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft die "positive Breitenwirkung". Die für unbillig und unangemessen befundenen, gegen § 242 BGB verstoßenden Regelungen mußten auch nach den Beanstandungen im Einzelfall nicht zwingend aus dem AGB-Werk des Verwenders gestrichen werden. Gegenüber

1) Koch/Stübing § 13 RdNr. 4

Dritten, zumeist unerfahrenen Kunden, konnte er sie - "mit Aussicht auf Erfolg" - weiterverwenden²⁾. Auch die faktische Breitenwirkung obergerichtlicher Entscheidungen war zu gering. Diese Situation ist in unserem Rechtssystem selbst angelegt. Sie tritt auch in anderen Bereichen des Privatrechts gleicherweise auf. Wegen der Rechtskraft bedarf es der Aktivität jedes einzelnen, um seine Rechte durchzusetzen. Das objektive Recht kann sich nur bewähren, wenn individuelle Bereitschaft zur Rechtsbehauptung vorhanden ist³⁾. Wenn dennoch nicht das Verfahrensrecht in seiner Allgemeinheit geändert, sondern eine Spezialregelung für das AGBG geschaffen worden ist, so mag das darauf beruhen, daß das Vollzugsdefizit hier besonders groß war. Häufig standen Kosten und Mühen, der ungewisse Ausgang oft langwieriger Verfahren bei vielfach unklarer Rechtslage in keiner wirtschaftlich vertretbaren Relation zum konkreten Nachteil. So kam es zu vollständigen Rechtsverzichtten oder vergleichsweisen Regelungen⁴⁾.

Korrekturen waren auch nicht durch Wettbewerb zu erreichen⁵⁾.

-
- 2) MünchKomm/Kötz Einl. AGBG RdNr. 7; MünchKomm/Gerlach Vor § 13 AGBG RdNr. 2; Arbeitsgruppe, Zweiter Teilbericht S. 1 f.; Palandt/Heinrichs Vorb. 1 zu § 13 AGBG; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner §§ 13 - 22 RdNr. 1. Daran hat sich auch durch die §§ 13 ff. nichts geändert. Die weitere Verwendung könnte in einem erneuten Prozeß allerdings als bewußte Mißachtung der Rechtsordnung gewertet werden. Diese wiederum mag Einfluß auf die Rechtsfolgen haben (s. u. 3. Kap. B.V.4.e)).
 - 3) Vgl. MünchKomm/Gerlach Vor § 13 AGBG RdNr. 4; Reinel S. 6 f.
 - 4) Vgl. im einzelnen Wagner S. 28 ff.; Koch/Stübing § 13 RdNr. 3
 - 5) Vgl. im einzelnen Kötz, 50 DJT A 33 ff.; MünchKomm/Gerlach Vor § 13 AGBG RdNr. 4 m.w.N.

Daraus erwuchs die allgemeine Überzeugung, durch institutionelle Korrektur "positive Breitenwirkung" schaffen zu müssen. Heftig umstritten war allerdings der Weg, auf dem das materielle Recht durchgesetzt werden sollte. Die Vorschläge reichten von Präventivkontrolle durch allgemeine Genehmigungspflicht, fakultative Genehmigung oder Genehmigung im Rahmen einer Registrierung über nachträgliche gerichtliche Kontrolle aufgrund einer Unterlassungsklage, eines gerichtlichen Aufsichtsverfahrens oder eines Vorlageverfahrens bis hin zur kollektiven Vereinbarung der Klauseln, dem Aufstellen von Musterbedingungen oder der Einführung eines Verbraucherbeauftragten⁶⁾. Das Ergebnis ist ein vielfach kritisierter Kompromiß⁷⁾.

2. Einzelheiten des Unterlassungs- und Widerrufsverfahrens

Nach dem Vorbild des Wettbewerbsrechts - § 13 Abs. 1, Abs. 1 a UWG, § 35 Abs. 2 GWG, § 12 Abs. 1 RabattG, § 2 Abs. 1 ZugabeVO - wird im Kontrollverfahren gem. § 13 ff. der Klauselinhalt - losgelöst von der tatsächlichen Verwendung im Einzelfall - überprüft. Es fehlt an der konkreten Betroffenheit eines Vertragspartners des Verwenders. Noch liegen keine Schwierigkeiten bei der Abwicklung eines bestimmten Vertrages vor. Der Blick über

6) Vgl. Arbeitsgruppe, Erster Teilbericht S. 112 ff.; Zweiter Teilbericht S. 14; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 13 RdNr. 2 ff.; Reinel S. 8 ff.; Gaul, Festschrift Beitzke S. 997, 1003 ff.

7) Vgl. zum Endstadium der Gesetzesentwicklung Rechtsausschuß BT-Drucks. 7/5412 S. 7 ff.; BT-Drucks. 7/5422 S. 1 ff., 10 ff.; BT-Drucks. 7/5636 S. 2 ff., 10 zur Kritik: MünchKomm/Gerlach Vor § 13 AGBG RdNr. 12 ff.; Reinel S. 93 ff.; Gaul, Festschrift Beitzke S. 997, 1013 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen Vor § 13 RdNr. 7

den Einzelfall hinaus für eine Vielzahl von Verträgen ist frei. Demgemäß wird auch nicht dem einzelnen Kunden die Möglichkeit gegeben, quasi als Verbraucheranwalt⁸⁾, die gerichtliche Kontrolle zu erwirken. Normalerweise fehlt ihm auch das über seinen Individualvertrag hinausgehende Interesse. Vielmehr ist der Kreis der Klagebefugten in § 13 Abs. 2 besonders festgelegt. Die dort aufgeführten Verbände und Kammern dürften auch das Potential zur Durchführung des Verfahrens haben und die Einhaltung der Urteile kontrollieren können⁹⁾. Der Endverbraucher hat allerdings das Recht, sich im Individualprozeß auf ein gegen den Vertragspartner, den Verwender ergangenes Urteil zu berufen (§ 21).

a) Der Anspruch auf Unterlassung und Widerruf setzt ein Verwenden oder Empfehlen unwirksamer AGB voraus.

aa) Verwenden bedeutet das ausdrückliche oder schlüssige Verhalten einer potentiellen Vertragspartei gegenüber dem möglichen Vertragspartner des Inhalts, daß ihre Klauseln dem Vertrag zugrundegelegt werden sollen¹⁰⁾. Ein konkreter Vertragsschluß unter Einbeziehung der Bedingung ist nicht erforderlich. Ausreichend ist, daß sich das Klauselwerk im Stadium der Vertragsanbahnung befindet oder gewesen ist¹¹⁾. Das ergibt sich aus dem Gesetzesziel des § 13, die Aufnahme unwirksamer AGB in Verträge zu verhindern¹²⁾.

8) Vg. Hohmann JZ 1975, 590, 593

9) Vgl. Einzelheiten bei Reinel S. 47 - 66; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 33 ff.

10) Reinel S. 29; Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 17 ff.; vgl. auch LG München I 31.5.1979, BB 1979, 1789

11) Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 11; BGH 28.1.1981, NJW 1981, 979, 980

12) Stein § 13 RdNr. 8

Diese Definition scheint § 1 zu widersprechen. Denn solange von vorformulierten Bedingungen noch kein Gebrauch bei Abschluß eines konkreten Vertrages gemacht worden ist, kann man eigentlich nur von einem AGB-Entwurf sprechen¹³⁾. Folgerichtig wäre zur Verwendung erforderlich, daß das Klauselwerk mindestens einem Rechtsgeschäft zugrundegelegt worden sein muß. Das hat auch der Rechtsausschuß erkannt. Da Schutzobjekt aber nicht der einzelne Kunde, sondern der Rechtsverkehr sei, der von unzulässigen Klauselwerken freigehalten werden solle, müsse ein Verwenden im Sinne von § 13 schon dann bejaht werden, "wenn die betreffenden AGB in Verbindung mit Angeboten oder der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht werden"¹⁴⁾. Die überwiegende Literaturmeinung¹⁵⁾ folgt dieser Betrachtungsweise.

Stein und Gerlach gehen einen anderen Weg. Sie fordern, daß eine vertragliche Vereinbarung bereits erfolgt ist, lassen aber bei der Gefahr erstmaliger Verwendung eine vorbeugende Unterlassungsklage zu, um so einen einheitlichen Verwendungsbegriff bei §§ 1 und 13 zu erhalten¹⁶⁾.

13) Dietlein/Rebmann § 1 RdNr. 6; Stein § 13 RdNr. 8

14) Begründung zu § 13, BT-Drucks. 7/5422 S. 10

15) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 5; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 13 RdNr. 33; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 11; Dietlein/Rebmann § 13 RdNr. 3; Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 17 f.; noch weitergehend OLG Stuttgart 26.1.1979 AGBE I § 13 Nr. 9, danach soll die Absicht ausreichen, das Klauselwerk alsbald zu stellen

16) Stein § 13 RdNr. 8, 10; MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 19 f.

Damit werden aber die Schwierigkeiten hinsichtlich des Empfehlers nicht gelöst. Denn dort hätte die Übernahme der wörtlichen Begriffsdefinition des § 1 zur Folge, daß der Widerrufsanspruch mindestens eine einmalige Einbeziehung in einen konkreten Vertrag voraussetzt. Dieses Ergebnis ist jedoch weder vom Gesetzgeber gewollt noch wird es von Gerlach vertreten¹⁷⁾.

Mithin ist ein anderer Weg zu gehen. Um einen vom Gesetz mehrfach verwandten Begriff inhaltsgleich zu definieren, muß § 1 Ausgangspunkt sein. § 13 ist zur Interpretation einzubeziehen: Es reicht aus, daß vorformulierte Regelungen dazu bestimmt sind, vom Verwender der anderen Vertragspartei gestellt zu werden. Auf die tatsächliche Verwendung der Bedingungen kommt es nicht an. Diese Definition wahrt ein wesentliches Merkmal von AGB, die einseitige Auferlegung¹⁸⁾. Dieses Merkmal erkennt die Rechtsprechung zum Begriff des Aushandelns in § 1 Abs. 2 an¹⁹⁾. Sie verdeutlicht, daß § 1 nicht so sehr die Mißbilligung vorformulierter Vertragsinhalte meint, sondern deren einseitige Einbeziehung in den Vertrag. Diese setzt wegen des rechtsgeschäftlichen Verständnisses von AGB ein Unterbreiten bei Vertragsschluß voraus. Schließlich zeigt das weitere Merkmal "für eine Vielzahl von Verträgen" in § 1 Abs. 1 S. 1, daß die Absicht häufiger Verwendung ausreicht für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "verwenden". Nicht erforderlich ist, daß die Klauseln tatsächlich in viele Verträge eingegliedert werden²⁰⁾.

17) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 26 f.

18) RegE. Begründung zu § 1 Abs. 1, BT-Drucks. 7/3919 S.16

19) Vgl. BGH 15.12.1976, NJW 1977, 624; 8.11.1978, NJW 1979, 367; Jaeger NJW 1979, 1559 mit Besprechung Witte JA 1979, 592, 594

20) Absolut h. M.: MünchKomm/Kötz § 1 AGBG RdNr. 6; Staudinger/Schlosser § 1 RdNr. 13; Ulmer/Brandner/Hensen § 1 RdNr. 26; Palandt/Heinrichs § 1 AGBG Anm. 2 c; a. A. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 1 RdNr. 8

Somit bleibt als Ausgangsdefinition festzuhalten: Ein Verwender macht von AGB Gebrauch, wenn er ausdrücklich oder schlüssig dem Vertragspartner mitteilt, daß er AGB dem Vertrage zugrundelegen will²¹⁾.

bb) Empfehlen von AGB bedeutet, ausdrücklich oder konkludent einem größeren Adressatenkreis die Verwendung bestimmter Klauseln für Geschäfte als vorteilhaft nahe-zulegen²²⁾. Die Form des Nahelegens ist ohne Bedeutung. Die Wahl unterschiedlicher Gestaltungsmöglichkeiten kann offen bleiben. Als Empfehler kommen insbesondere Wirtschafts- und Berufsverbände, Verfasser von AGB, Verleger sowie Rechtsanwälte und Notare in Betracht²³⁾.

b) Weitere Voraussetzung des Abwehranspruchs ist die Gefahr ernstlicher Besorgnis und Drohung einer künftigen Rechtsbeeinträchtigung. Wie bei jedem vorbeugenden Rechtsschutz ist auch bei § 13 zu verlangen, daß die künftige (erstmalige oder wiederholte) Verwendung oder Empfehlung von AGB ernsthaft und greifbar zu besorgen ist. Einhellig wird in Literatur und Rechtsprechung eine

21) Reinel S. 29; vgl. auch LG München I 31.5.1979, BB 1979, 1789 zum "Verwenden" von AGB auf Rechnungen nach Vertragsschluß und Lieferung; Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 17

22) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 24; Koch/Stübing § 13 RdNr. 14; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 14; Staudinger/Schlosser § 13 AGBG RdNr. 39; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 6; Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 21 ff.

23) Koch/Stübing § 13 RdNr. 15 - 18; Arbeitsgruppe, Zweiter Teilbericht S. 23 f., 41, 43; Einzelheiten in Bezug auf Verleger und Berater sind umstritten: vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 15; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 8; Reinel S. 30 ff.; Schlosser/Coester-Waltjen-Graba § 13 RdNr. 43, 45 ff.; Stein § 13 RdNr. 17 ff.; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Anm. 3 a; MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 24

Wiederholungsgefahr gefordert²⁴⁾. Umstritten ist allein, ob das Vorliegen dieser Gefahr Voraussetzung des materiellen Anspruchs ist und damit zur Begründetheit der Klage gehört oder als Kriterium des Rechtsschutzbedürfnisses als Prozeßvoraussetzung anzusehen ist²⁵⁾. Dieser grundsätzliche dogmatische Streit, der auch die Diskussion im Wettbewerbsrecht durchzieht, bedarf im hier erörterten Rahmen keiner weiteren Klärung. Die Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen werden dadurch nicht bestimmt.

Wiederholungsgefahr ist - ähnlich wie im Wettbewerbsrecht²⁶⁾ - regelmäßig bereits bei erstmaliger Verwendung der Klauseln gegeben. Denn wer AGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr zugrundelegt, bedient sich eines Regelwerks, das für eine Vielzahl von Verträgen und auf wiederholte Verwendung angelegt ist.

Der Verwender kann die durch die erstmalige Verwendung zu vermutende Wiederholungsgefahr entkräften. An das Entkräften sind strenge Anforderungen zu stellen. Das gesamte Verhalten des Verwenders ist daraufhin zu überprüfen, ob hinreichend Gewähr besteht, daß es zu weiterer Verwendung der beanstandeten AGB nicht mehr kommt.

24) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 20; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 9 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 27; Dietlein/Rebmann § 13 RdNr. 8; Koch/Stübing § 13 RdNr. 23; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 13 RdNr. 36; Bunte DB 1980, 481, 484; der Sache nach ebenso Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 18, der es für klarer hält, vom Andauern der drohenden Verwendung zu sprechen; BGH 9.7.1981, NJW 1981, 979, 980; 10.12.1980, NJW 1981, 867, 869; OLG Saarbrücken 12.7.1978, WM 1979, 790, 791

25) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 11; Reinel S. 35

26) BGH 8.2.1980, NJW 1980, 1793, 1794

Indizien für diese Gewähr sind: Vernichtung der noch nicht eingesetzten Formulare, Aufstellen und Benutzen neuer AGB, Branchenwechsel des Verwenders, die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung²⁷⁾, die rechtskräftige Verurteilung in einem Parallelverfahren²⁸⁾. Im einzelnen ist auf die bei Wettbewerbsverstößen entwickelten Grundsätze zu verweisen²⁹⁾.

c) Prüfungsmaßstab für die gerügten Klauseln im Verfahren gem. §§ 13 ff. sind die §§ 9 - 11. Grundsätzlich bestehen keine inhaltlichen Unterschiede zur Inzident-Kontrolle im Individualprozeß. Da die Klauseln jedoch losgelöst von einem konkreten Vertragsschluß geprüft werden, ist bei der Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit auf die typische Interessenlage der im Normalfall beteiligten Personen abzustellen. Einzelumstände können keine Beachtung finden³⁰⁾.

aa) Im Verfahren nach §§ 13 ff. ist § 8 ebenso zu berücksichtigen. Zwar fehlt ein besonderer Hinweis auf diese Vorschrift, und auch aus der Gesetzessystematik ergibt sich (anders als bei §§ 23, 24) nicht zwingend

27) BGH 9.7.1981, NJW 1981, 2412 f.; AG München 21.9.1978, BB 1979, 706 mit Anm. Löwe BB 1979, 707; OLG Saarbrücken 12.7.1978, BB 1979, 705, 706; LG Bückeburg 8.9.1978, BB 1979, 706

28) LG Bückeburg 8.9.1978, BB 1979, 706; OLG München 5.4.1979, BB 1979, 805; vgl. auch die Hinweise auf unveröffentlichte Urteile des LG Hamburg, LG Braunschweig, OLG Celle bei Bunte DB 1980, 481, 484; MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 23; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Anm. 2 d; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 28; Koch/Stübing § 13 RdNr. 23; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 10 - 14

29) Baumbach/W. Hefermehl Einl. UWG RdNr. 234 ff.

30) Reinel S. 39; BGH 6.11.1981, WM 1982, 65

die Geltung im abstrakten Kontrollverfahren. Entscheidend für die Auslegung einer Regelung ist jedoch deren Sinn und Zweck³¹⁾. Da durch § 8 der Inhaltskontrolle Grenzen gezogen sind und §§ 13 ff. letztlich der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen, dem auch im Individualverfahren Geltung verschafft werden soll, sind gesetzeskonforme AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltvereinbarungen auch hier von der Prüfung ausgeschlossen³²⁾.

bb) Weniger eindeutig ist das Verhältnis zu den im Individualprozeß vorgeschalteten Prüfungsstufen, den §§ 2 - 5³³⁾.

Zwar sind von der Gesetzessystematik her diese Normen auf den konkreten Vertrag bezogen und gemäß ihren Tatbestandsvoraussetzungen zumeist nur bei Kenntnis der Einzelumstände prüfbar, wohingegen im Verfahren nach § 13 die Unwirksamkeit losgelöst von den Einzelumständen des Vertragsschlusses festzustellen ist. Doch sind auch Fallgestaltungen denkbar, bei denen ohne Hinzuziehen besonderer Umstände des Einzelfalls eine bereits aus den §§ 2 - 5 begründete Unwirksamkeit in Betracht

31) BGH 23.5.1951, Z 2, 176, 184; 10.7.1951, Z 3, 82, 84; 18.5.1955, Z 17, 266, 276; 25.6.1955, Z 18, 44, 49; Staudinger/Riesler (10. Aufl.) Einl. vor § 1 RdNr. 29

32) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 18; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Anm. 1; MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 14

33) Vgl. BGH 25.2.1982, ZIP 1982, 588, 590; 7.10.1981, NJW 1982, 331, 333; 3.12.1981, ZIP 1982, 184, 185; OLG Stuttgart 18.12.1980, NJW 1981, 1105, 1106; OLG Frankfurt 11.9.1980, NJW 1981, 130; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 4 - 8; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 20 - 26; Staudinger/Schlosser § 13 AGBG RdNr. 3, 24; MünchKomm/Kötz § 13 AGBG RdNr. 12, 15, 17

kommt. So ist eine § 2 widersprechende Einbeziehungspraxis möglich; etwa durch unzulässigen, versteckten Aushang der Geschäftsbedingungen. Klauseln können überraschend (§ 3) oder widersprüchlich (§ 5) sein³⁴⁾.

Ist dann Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 ausgeschlossen? Haben die §§ 2 - 5 - wie bei der konkreten Kontrolle - Vorrang oder kommen sie als zusätzlicher Prüfungsmaßstab in Betracht? Kann dem Klagebegehren möglicherweise auch dann stattgegeben werden, wenn nur ein Verstoß gegen die §§ 2 - 5 vorliegt³⁵⁾?

(1) Eine wirksame, gegen die Formvorschriften des § 2 verstoßende Einbeziehungspraxis steht der Inhaltskontrolle nur auf dem ersten Blick entgegen. Obwohl es wegen der "abstrakten" Kontrolle nicht erforderlich ist, daß die Klausel Vertragsbestandteil geworden ist, mag sich bei einem Verhalten des Verwenders, das nicht den Anforderungen des § 2 entspricht, eine Kontrolle der AGB erübrigen, da die Klauseln mangels Einbeziehung in den Einzelvertrag rechtlich unwirksam sein werden. Dennoch besteht hier die Gefahr, daß der Verwender versucht, die Klauseln durchzusetzen. Der geschäftlich unerfahrene Kunde wird zumeist nicht erkennen, ob die Einbeziehungsvoraussetzungen vorliegen oder nicht. Wenn aber das Kontrollverfahren gem. §§ 13 ff. dem Publikum auch bei unwirksamen AGB besonderen Schutz verschaffen will, ist hierfür ohne Belang, ob sich die Unwirksamkeit aus einem Verstoß gegen materielles oder formelles Recht ergibt. Auch läßt sich nicht ausscheiden, daß der Verwender in Zukunft doch die Formerfordernisse des § 2 berücksichtigt. Infolgedessen steht

34) Vgl. MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 15

35) Offen gelassen vom BGH 3.12.1981, ZIP 1982, 184, 186; bejaht vom OLG Stuttgart 19.12.1980, NJW 1981, 1105, 1106

§ 2 der Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 nicht entgegen³⁶⁾.

Weiterhin sind damit durch die abstrakte Klauselkontrolle auch die Fälle zu erfassen, in denen der Verwender im Wege von AGB die strengen Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 umgehen will. Wer etwa versucht, klauselmäßig festzuschreiben, daß seine AGB für alle Lieferungen und Leistungen gelten, selbst wenn nicht jeweils besonders auf die Bezug genommen wird, benachteiligt den Kunden unbillig und verstößt somit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1. Je stärker der Inhalt einer Einbeziehungs- bzw. Bestätigungsklausel von § 2 abweicht, desto klarer ist die Nichtigkeit dieser Regelung³⁷⁾.

Was gilt, wenn keine Einbeziehungsregelungen vorliegen, die Handhabung der AGB durch den Verwender selbst § 2 widerspricht? Können - gestützt auf § 2 - Bedingungen untersagt werden, die materiell mit den §§ 9 - 11 in Einklang stehen?

Dagegen spricht einmal der eindeutige Wortlaut des § 13. Danach können nur Allgemeine Geschäftsbedingungen beanstandet werden, die nach der Generalklausel des § 9 oder einem der Verbote in den Katalogen der §§ 9 und 11 unwirksam sind³⁸⁾. § 2 ist als Kontrollnorm nicht erwähnt.

Des weiteren sprechen auch Sinn und Zweck gegen die Anwendung des § 2 im Rahmen der Inhaltskontrolle. Abstraktes Überprüfen der Handhabung bei der Einbeziehung von Bedingungen sprengt den Rahmen der §§ 13 ff. Die Verwendung einer wirksamen Regelung müßte untersagt

36) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 16; Koch/Stübing § 13 RdNr. 5; Reinel S. 40; Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 5

37) Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 5

38) Dietlein/Rebmann § 13 RdNr. 5

werden, weil in der Vergangenheit dem Vertragspartner gegenüber bestehende Verpflichtungen nicht erfüllt wurden. Das aber ist nicht Ziel der Verbandsklage. Deshalb vermag die Mißachtung von § 2 bei wirksamen Klauseln keinen Unterlassungsanspruch zu begründen.

(2) Die zu § 2 aufgestellten Überlegungen gelten für überraschende Klauseln (§ 3) in gleicher Weise. Die fehlende Einbeziehung in den Vertrag hindert Inhaltskontrolle nicht. Unwirksame Geschäftsbedingungen bleiben deshalb für den Rechtsverkehr gefährlich, weil der Verwender dem unkundigen Vertragspartner gegenüber auf ihrer Geltung beharren wird. Auch ist nicht auszuschließen, daß im Einzelfall das subjektive Überraschungsmoment beim Kunden fehlt und die AGB danach wirksam einbezogen worden sind. Aufgrund dessen kann selbst bei einem Verstoß gegen § 3 Inhaltskontrolle stattfinden.

Auch Abgrenzungsschwierigkeiten im Individualprozeß beeinträchtigen die Anwendung der §§ 9 - 11 nicht. Das wird an den quasi "stets überraschenden Klauseln" deutlich, die durch §§ 10 Nr. 4, 11 Nr. 13 und Nr. 14 ausgeschlossen werden sollen. Im Individualprozeß werden sie beim Vorliegen der besonderen Umstände des Einzelfalls schon an § 3 scheitern. Fehlt dort das subjektive Überraschungsmoment, hindert die Inhaltskontrolle ihr Wirksamwerden. Im abstrakten Kontrollverfahren findet sofort eine Prüfung anhand der Klauselkataloge statt.

Die gegenteilige Ansicht von Löwe³⁹⁾ ist abzulehnen. Nach ihr sollen im Rahmen des § 13 "in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht ... bei der Prüfung von AGB die Vorschriften über die Inhaltskontrolle (§§ 9 - 11)

39) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 13 RdNr. 25

nur dann zum Zuge kommen, wenn nicht im Einzelfall die jeweilige Klausel bereits an § 3 ... gescheitert ist". Wie aber soll im abstrakten Kontrollverfahren der Einzelfall berücksichtigt werden? Die angestrebte "positive Breitenwirkung" erfordert eine Stellungnahme zu Klauselinhalten, nicht die Beurteilung eines Einzelfalls.

Daraus folgt auch, daß bei wirksamen Klauseln, die im Einzelfall überraschend sein mögen, kein Unterlassungsverbot allein aufgrund des § 3 sich rechtfertigt. Wegen der inhaltlichen Verwandtheit von § 3 und § 9 wird jedoch häufig eine überraschende Belastung des Kunden unbillig sein und deshalb an der Generalklausel scheitern⁴⁰⁾.

(3) Das Konkurrenzverhältnis der §§ 9 - 11 zu § 4 ist unproblematisch. Der Grundsatz vom Vorrang der Individualabrede betrifft nur die Einbeziehung in den Einzelvertrag und hat für das Kontrollverfahren nach §§ 13 ff. grundsätzlich keine Bedeutung⁴¹⁾. Es ist, anders als bei §§ 2 und 3, nicht voraussehbar, inwieweit Individualabreden getroffen werden. Falls sich eine gewisse vom Einzelfall losgelöste Vertragspraxis herausgebildet haben sollte und der Verwender dabei jeweils bestimmte Regelungen trifft, sind diese ihrerseits keine Einzelabreden mehr, sondern schon AGB.

Bedeutsam kann die Individualabrede allerdings dann werden, wenn durch sie regelmäßig erst die Art des Rechtsgeschäftes festgelegt wird, für das die Klauseln gelten sollen. Anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls ist dann jeweils die rechtliche Qualifizierung

40) Ulmer/Brandner/Hensen § 13 RdNr. 6

41) Koch/Stübing § 13 RdNr. 4; OLG Frankfurt 11.9.1980, ZIP 1981, 70, 71

dessen vorzunehmen, was die Parteien individuell ausgehandelt haben. Versucht nun der Verwender durch seine AGB dem Vertrag eine andere Typisierung zu geben, können die entsprechenden Klauseln wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der Individualvereinbarung unwirksam sein. Deutlich wird das bei dem vor Geltung der §§ 651 a - 651 k BGB, dem Reisevertragsrecht, häufig unternommenen Versuch von Reiseveranstaltern, aus einem als Werkvertrag zu qualifizierenden Pauschalreisevertrag mittels AGB einen Maklervertrag zu machen⁴²⁾. Im Einzelvertrag scheitert die Klausel an § 4, im Kontrollverfahren nach § 13 an § 9 Abs. 2 Nr. 1⁴³⁾. Das verhindert, daß bei Unbeteiligten, die von der die Klausel überlagernden Abrede der Parteien nichts wissen, der Eindruck entsteht, die verwendete Regelung sei generell nicht zu beanstanden⁴⁴⁾.

Soweit der Verwender den Vertragstyp nicht ausdrücklich umgestaltet, sondern stillschweigend durch die Bezeichnungen der Parteien als Käufer/Verkäufer oder Auftraggeber/Makler eine Qualifizierung zum Ausdruck bringt, muß das gleiche gelten. Bereits die Verwendung der falschen Bezeichnung für die Vertragsparteien steht im Widerspruch zum tatsächlich Vereinbarten. Der Kundenschutz erfordert ein Scheitern auch im abstrakten Kontrollverfahren. Ansonsten bliebe unklar, welches dispositive Recht dem Vertrag zugrundeliegt, und der unerfahrene Geschäftspartner mag sich durch die AGB täuschen lassen.

42) BGH 18.10.1973, NJW 1974, 37, 39; OLG Köln 4.7.1972, NJW 1972, 1815; MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 16; vgl. weitere Fälle formularmäßiger Umtypisierung beim Kauf von Bauträgern, wo trotz der Bezeichnung Kaufvertrag das Werkvertragsrecht Anwendung findet: BGH 16.4.1973, NJW 1973, 1235, 1236; 8.11.1973, NJW 1974, 143, 144; 5.5.1977, NJW 1977, 1336, 1337

43) Staudinger/Schlosser § 9 AGBG RdNr. 20

44) BGH 28.1.1981, WM 1981, 378, 379

Die Individualabrede hat schließlich zur Konsequenz, daß die Klauseln vor dem Hintergrund des richtigen, tatsächlich gewählten Vertragstyps zu prüfen sind. Das kann dazu führen, daß die AGB zwar noch nicht an sich gegen die §§ 9 - 11 verstoßen, sondern erst aufgrund der Einzelverträge unwirksam werden⁴⁵⁾. Deshalb verlangt § 15 Abs. 2 Nr. 2 auch die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmung beanstandet wird.

Als selbständiger Prüfungsmaßstab scheidet § 4 aus.

(4) Konkurrenz zwischen § 5 und der Inhaltskontrolle:

(a) Auch ohne Bezug auf einen Einzelfall kann eine Klausel unklar sein. Vor Angemessenheitskontrolle ist durch Auslegung der Inhalt zu ermitteln. Ergeben sich dabei mehrere objektiv mögliche Sinndeutungen, kann § 5 als Klarstellungsregelung zumindest dann in Betracht kommen, wenn unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten bei nachfolgender Inhaltskontrolle zu verschiedenen Ergebnissen führen. Dann liegt es nahe, nach den Regeln des Individualprozesses die für den potentiellen Kunden günstigere Möglichkeit anzunehmen⁴⁶⁾.

(b) Die h. L. ist anderer Ansicht. Schlosser⁴⁷⁾ sieht die Stoßrichtung des § 5 im abstrakten Unterlassungsverfahren entgegengesetzt: Um eine Unterlassungspflichtung zu begründen, sei die Klausel zu Lasten des Verwenders in denkbar kundenfeindlichster Weise zu interpretieren. Diese Auffassung strebt nach Klarheit. Wenn

45) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 16

46) Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 13 RdNr. 2

47) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 5 RdNr. 4; ihm folgend Palandt/Heinrichs § 5 Anm. 4 a; Reinelt S. 42 f.

die Klausel bei kundengünstiger Auslegung der Inhaltskontrolle standhält, bei kundenfeindlicher dagegen nicht, hätte eine Klage im Rahmen des § 13 keinen Erfolg. Sie müßte abgewiesen werden, ohne daß die vom Gericht vorgenommene Interpretation der AGB Eingang in die Urteilsformel fände. Der Verwender hätte dann sogar die Möglichkeit, gegenüber arglosen Kunden auf dieses Urteil hinzuweisen, um dann im Einzelfall seine kundenfeindliche Auslegung zu versuchen. Das forderte geradezu das Geschick des Verwenders/Empfehlers heraus, die Bedingungen möglichst unklar zu formulieren. Erforderlich wäre nur, daß eine dem Kunden günstige Auslegung der Inhaltskontrolle standhielte. Dieser unklare Zustand könnte dann nicht wirksam bekämpft werden.

Sieht man den Sinn abstrakter Klauselkontrolle auch darin, derartige Geschäftsbedingungen zu verhindern, bevor es zu gerichtlicher Auseinandersetzung kommt und bevor dieser vom Verwender übervorteilt wird, drängt sich Schlossers Betrachtungsweise auf. Unbefriedigend ist allein deren dogmatischer Ansatz. Aus welchen Gründen soll nur im abstrakten Verfahren der Ausgang des Prozesses eine Bewertung der Klausel beeinflussen?

(c) Eine - je nach Verfahrensart - unterschiedliche Interpretation des § 5 läßt sich durch Verzicht auf diese Regelung im abstrakten Kontrollverfahren vermeiden. Bei objektiver Mehrdeutigkeit könnte jede in Betracht kommende Auslegungsmöglichkeit auf die Vereinbarkeit mit §§ 9 - 11 überprüft werden. Hält eine der verschiedenen Interpretationen der Inhaltskontrolle nicht stand, wäre ein Verwenden der gesamten Regelung zu untersagen. Auf diesem Wege kann die Gefahr beseitigt werden, daß der Verwender mit unklaren Klauseln versucht zu manipulieren⁴⁸⁾.

48) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 16 a.t.; Stein § 13 RdNr. 4; Koch/Stübing § 13 RdNr. 7

Damit sind auch die Probleme gelöst, die der Wortlaut des § 5 in Bezug auf die Auslegung von Empfehler-AGB nach sich sieht. § 5 regelt ausdrücklich nur das Verhältnis zum Verwender und ist von daher bereits allein auf den Individualprozeß zugeschnitten.

(d) Der Verzicht auf § 5 im abstrakten Kontrollverfahren könnte (ebenso wie die von Schlosser befürwortete extrem kundenfeindliche Auslegung) dazu führen, daß der Kunde versucht, den Ausgang seines Individualprozesses durch das Verfahren nach §§ 13 ff. zu beeinflussen: Immer dann, wenn sich bei kundenfreundlicher Betrachtung die Wirksamkeit der Klausel abzeichnet, mag er versuchen, eine abstrakte Kontrolle zu veranlassen, indem er einen Verbraucherschutzverein veranlaßt, nach §§ 13 ff. zu verfahren. Daraufhin könnte die Verwendung der unklaren Klausel untersagt werden. Über § 21 wird der Kunde das Unterlassungsurteil in den Individualprozeß einführen, um damit die Unwirksamkeit gerade für seinen Prozeß zu erreichen. Das aber ist nur dann möglich, wenn dem Urteil "rückwirkende" Kraft zukommt, es die Verträge erfaßt, die vor seiner Rechtskraft abgeschlossen wurden.

Das wäre der Fall, wenn jedes weitere Gebrauchmachen der AGB als Akt ihrer Verwendung zu werten ist. Denn das Urteil untersagt ein Weiterverwenden. Entscheidend ist mithin, ob "Verwenden" nicht nur das Bereithalten von vorformulierten Vertragsbedingungen bedeutet, sondern der Begriff weiter zu fassen ist. Heißt Festhalten an beanstandeten Klauseln bei Abwicklung früher geschlossener Einzelverträge Handeln gegen das Unterlassungsgebot⁴⁹⁾?

49) So Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 21 RdNr. 6, § 13 RdNr. 35; Staudinger/Schlosser § 13 AGBG RdNr. 29; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 17 RdNr. 33,

(aa) Der Wortlaut des § 1 steht einer weiten Interpretation nicht entgegen. Die Abwicklung von Verträgen auf der AGB-Basis kann als (Weiter)Verwendung der unwirksamen Klausel angesehen werden. Das vorvertragliche Stellen der Klauseln wäre demgemäß nur ein möglicher Aspekt verschiedener Formen des Verwendens⁵⁰⁾. Der Klammerzusatz in § 1 Abs. 1 hätte dann lediglich den Sinn, die Funktion einer der beiden am Vertragsschluß beteiligten Personen darzustellen.

Stellen und Gebrauchmachen von Klauseln könnte bei grammatikalischer Interpretation Verwenden sein⁵¹⁾.

(bb) Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, daß die Problematik der Altverträge bekannt war. Im Ersten Teilbericht geht die Arbeitsgruppe davon aus, daß Verträge, denen vor Erlaß des Unterlassungsgebots die AGB zugrundegelegt worden sind, in ihrer Wirksamkeit davon unberührt bleiben⁵²⁾. Deshalb hat sie ein "Nachträgliches Aufsichtsverfahren" vorgeschlagen, um u. a. zu erreichen, daß die beanstandeten Klauseln auch in den Altverträgen des unterliegenden Verwenders unwirksam sind, "es sei denn, abgeschlossene Verträge sind beiderseits vollständig erfüllt oder ein rechtskräftiges Urteil ist ergangen"⁵³⁾. Der Zweite Teilbericht sieht in These 11 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 eine unmittelbare Rechtskrafterstreckung der Unterlassungsentscheidung auf noch nicht

50) Vgl. Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 13 RdNr. 35 a. E.; Staudinger/Schlosser § 13 AGBG RdNr. 13; Löwe/Graf von Westphalen/Graba § 17 RdNr. 33; BGH 11.2.1981, WM 1981, 379

51) a. A. KG 4.7.1979, WM 1979, 1367, 1368; Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 21 RdNr. 4; MünchKomm/Gerlach § 13 RdNr. 23

52) S. 115

53) Erster Teilbericht, S. 116 a. E.

vollständig abgewickelte Verträge vor⁵⁴⁾. Der CDU/CSU-Entwurf nimmt nicht ausdrücklich Stellung. Aus dessen Gesamtzusammenhang ist m. E. aber zu schließen, daß ein Verwenden auch beim Gebrauchmachen von Klauseln in bestehenden Verträgen gegeben sein sollte. Das sollte allerdings nur für einen Fall gelten. Anders als bei der Gesetz gewordenen Regelung wird eine allgemeine Rechtskrafterstreckung auf Dritte im Sinne von § 21 abgelehnt⁵⁵⁾. Jedoch sollte der Vertragspartner des Verwenders das Recht haben, Unterlassung zu verlangen (§ 26)⁵⁶⁾. Das hat nur dann Sinn, wenn das Urteil die bestehenden Verträge mit dem Verwender erfaßt. Demgemäß spricht der CDU/CSU-Entwurf auch vom "Weiterverwenden"⁵⁷⁾. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungs-entwurf dessen Vorschläge einschließlich der Begründungen übernommen⁵⁸⁾. Der Rechtsausschuß hat eine Zuwiderhandlung in der Verwendung der fraglichen Klausel nach dem Unterlassungsurteil bei Abschluß des Vertrages gesehen⁵⁹⁾.

Aus den unterschiedlichen Aspekten des Gesetzgebungsverfahrens folgt, daß der Gesetzgeber eine Frage, deren Regelungsbedürftigkeit er gesehen, nicht durch Bestimmungen gelöst hat. Da außerdem der bisher einzig klare Fall einer Erstreckung der Unterlassungspflicht hinsichtlich bestehender Verträge - die Klage des Vertragspartners des Verwenders - weggefallen ist, spricht die Gesetzesgeschichte eher gegen die Möglichkeit der Rückwirkung des Urteils auf bereits abgeschlossene Verträge.

54) S. 25, 47 ff.

55) CDU/CSU-E. BT-Drucks. 7/3200, S. 21 r. Sp.

56) BT-Drucks. 7/3200, S. 6

57) BT-Drucks. 7/3200, S. 22

58) Vgl. BT-Drucks. 7/3919 zu § 13 Abs. 1, S. 52 und Begründung zu § 13, S. 55 f.

59) BT-Drucks. 7/5422, S. 13 l. Sp.

(cc) Doch verlangen nicht Sinn und Zweck des Kontrollverfahrens eine möglichst weitreichende Geltung des Verbotes? Zeigen nicht auch die Veröffentlichungsbefugnis (§ 18) und die Registrierungspflicht (§ 20), daß eine umfassende Berücksichtigung mittels der Einrede nach § 21 Abs. 1 gewollt ist? Ist nicht gerade derjenige Vertragspartner besonders schutzwürdig, der durch die unwirksame Klausel schon belastet wird? Ist es nicht verfehlt, mit der Wirkung des Verbotes so lange zu warten, bis Rechtskraft des Urteils im Unterlassungsverfahren eingetreten ist? Müssen nicht zumindest die Verträge, die nach Rechtshängigkeit der Verbandsklage abgeschlossen worden sind, eingezogen werden?

(aaa) Einer Bejahung vorstehender Fragen liegt der Wunsch nach bestmöglichem Kundenschutz zugrunde. Dieser Schutz läßt sich dadurch erreichen, daß auch "Altkunden" vom Unterlassungsgebot begünstigt werden. Das Unterlassungsgebot scheint die Ausnutzung der unwirksamen AGB ihnen gegenüber erst recht zu erfassen. Denn das Verwenden der Klausel realisiert sich letztlich bei Vertragsdurchführung⁶⁰⁾.

Zu Recht weist der BGH in seiner Entscheidung vom 11. Februar 1981 darauf hin, daß der durch das Verfahren nach § 13 erstrebte Schutz unvollkommen bliebe, wenn dem Verwender gestattet sei, sich bei der Abwicklung der bereits abgeschlossenen Verträge auf - wie er weiß - unwirksame Klauseln zu berufen⁶¹⁾. Es solle nicht weitgehend vom Zufall abhängen, ob es der Vertragspartner zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen lasse,

60) Vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 17 RdNr. 33

61) WM 1981, 379, 380

und in diesem Individualrechtsstreit das Gericht die Unwirksamkeit der Klausel feststelle.

(bbb) Auch den Zweck des § 21 führt der BGH als Argument für die Auswirkung des Unterlassungsgebots auf Altverträge an. Es gehe darum, widersprüchliche gerichtliche Entscheidungen über die Unwirksamkeit einer Klausel zu vermeiden. Das erfordere Bindung des im Individualrechtsstreit erkennenden Gerichts an das im abstrakten Kontrollverfahren erlassene Urteil. Der BGH hält die Auswirkungen auf den Verwender nicht für unzumutbar. Seine schutzwürdigen Belange würden nicht berührt. So enthalte das Unterlassungsgebot nicht die Verpflichtung, die Folgen der unwirksamen Klauseln zu beseitigen, bereits abgewickelte Verträge rückabzuwickeln oder den Vertragspartner auf die Unangemessenheit der Klausel aufmerksam zu machen. Es gehe vielmehr dahin, sich in Zukunft bei der Durchsetzung seiner Rechte nicht auf die unwirksame Klausel zu berufen, sondern nach Maßgabe des dispositiven Rechts (§ 6 Abs. 2) vorzugehen.

(ccc) Die weite Definition des Verwendungsbegriffs durch den BGH hat eine weitere Konsequenz. Das Schwergewicht des abstrakten Kontrollverfahrens wird verlagert. Es gewährt nicht allein Präventivschutz für künftige Vertragspartner, sondern wird immer mehr Sammelverfahren für die zur Zeit individuell von den AGB betroffenen Kunden. Daraus ergeben sich für das gesamte prozessuale Verhalten des Verwenders erhebliche Konsequenzen. Ohne die Einbeziehung der Altverträge mag er es beim Unterliegen bewenden lassen. Häufig wird er gerade bei unklarer Rechtslage - beim Scheitern der Klauseln an den §§ 9 oder 10 - die geschaffene Rechtsklarheit begrüßen und seine AGB in Zukunft den vom Gericht für zulässig erachteten anpassen. Er hat so zumeist die Gewißheit, nunmehr mit wirksamen Regelungen zu operieren. Da in

Grenzfällen die neuen Klauselinhalte vielfach nur wenig hinter der unwirksamen Bedingung zurückbleiben, steht er materiellrechtlich kaum schlechter da als bei der Ursprungsregelung, besser jedenfalls als bei der Anwendung dispositiven Rechts. Deshalb wird der Verwender bei dieser Sachlage regelmäßig auf Rechtsmittel verzichten.

Im Hinblick auf die noch abzuwickelnden Verträge mit seinen Kunden kann er sich dagegen kaum mit einer untergerichtlichen Entscheidung im Verfahren nach §§ 13 ff. begnügen. Denn daran wäre auch der BGH über § 21 gebunden. Wegen der unabsehbaren Konsequenzen - etwa bei Dauerschuldverhältnissen, umfangreichen Massengeschäften (Autokaufverträgen) und bei Verträgen mit hohem Finanzvolumen - gebietet es die Vorsorge, endgültige Klarheit durch eine höchstrichterliche Entscheidung herbeizuführen.

Sind bereits Individualrechtsstreite anhängig, so sind sie nach § 148 ZPO auszusetzen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die angegriffene Klausel. Denn soweit diese entscheidungserheblich ist, ist unklar, ob sie berücksichtigt werden darf. Selbst der BGH müßte bei der Revisionsentscheidung im Einzelverfahren warten, bis er im abstrakten Kontrollverfahren über die gleiche Regelung entschieden hat. Das bedeutete erheblichen Zeitverlust und ist prozessual unökonomisch, weil letztlich dasselbe Gericht in beiden Fällen entschiede.

(dd) Unter Berücksichtigung dieser Folge - der Entwicklung zum Sammelverfahren für Altverträge - ist eine ausgedehnte Interpretation des Verwendungsbegriffs mit der herrschenden Lehre zu verneinen.

Das Fehlen der Möglichkeit, durch eine mit dem Unterlassungsgebot verbundene Androhung eines Ordnungsgeldes

(§ 890 ZPO) den Verwender davon abzuhalten, von seinen (unangemessenen) Klauseln in allen Verträgen Gebrauch zu machen, wiegt weniger schwer als die Provozierung prozessual unökonomischer Verfahren.

Die Rechtssicherheit wird dabei nicht in unzumutbarer Weise eingeschränkt. Denn die engere Fassung des Verwendungsbegriffs bedeutet nicht, daß die Entscheidung im Einzelverfahren die Wertungen des abstrakten Kontrollverfahrens nicht einschließen darf. In gleicher Weise wie sich das Gericht an Entscheidungen in Parallelverfahren gegen einen anderen Verwender bei inhaltlich gleichgelagerter Klausel orientiert, wird es die Ergebnisse des abstrakten Kontrollverfahrens zur Kenntnis nehmen. Das gilt vor allem bei höchstrichterlichen Entscheidungen über die entscheidungserhebliche Klausel. Doch bleibt der Weg zur Einzelfallentscheidung frei. Dabei kann dann unter Umständen von der Beurteilung im Verfahren nach §§ 13 ff. abgewichen werden. Das erlaubt es gerade bei großen zeitlichen Unterschieden, zwischenzeitliche Änderungen der Sachlage zu berücksichtigen.

Und schließlich zeigt sich auch im Rahmen des § 5, wie wenig sinnvoll es ist, Bindungswirkung nach § 21 für vor Rechtskraft abgeschlossene Verträge anzunehmen. Denn da bei der Verbandsklage wegen der angestrebten Breitenwirkung und des umfassenden Kundenschatzes alle Interpretationsmöglichkeiten der Klausel mit den §§ 9 - 11 übereinstimmen müssen, sollte bei dieser Verfahrensart auf § 5 verzichtet werden. Im Individualprozeß ist dagegen unter Beachtung der materiellrechtlichen kundenfreundlichsten Auslegungsmöglichkeit die Inhaltskontrolle vorzunehmen. Das ist nicht gewährleistet, wenn das Gericht an Urteile gebunden ist, die, ohne § 5 zu berücksichtigen, ergangen sind.

Diese Kontrollüberlegung zeigt auf, daß die vom BGH bejahte Wirkung des Unterlassungsgebots auf bestehende Verträge zu einer Einschränkung des § 5 im Rahmen des abstrakten Kontrollverfahrens führen muß, wenn man verhindern will, daß Einzelverfahren durch die Verbandsklage unterlaufen werden. Eine Einschränkung von § 5 engt aber die durch die Verbandsklage angestrebte Breitenwirkung ein und ist demgemäß zu verneinen.

Aus alledem folgt, daß entgegen der Ansicht des BGH eine Auswirkung des Überlassungsgebots auf bestehende Altverträge abzulehnen ist⁶²⁾. Das Gebrauchmachen einbezogener Klauseln ist kein Verwenden im Sinne der §§ 1 und 13. Damit kann auf § 5 im abstrakten Kontrollverfahren verzichtet werden. Alle bei Unklarheit verbleibenden Auslegungsmöglichkeiten sind auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 9 - 11 hin zu überprüfen.

62) Dieses Ergebnis wird auch von Reinel (S. 78 f.) geteilt. Er sieht es als fragwürdig an, daß nach der Gegenansicht die Wirkung gegenüber Altkunden nur bei noch nicht abgewickelten Fällen eingreifen soll. Das bringe kaum lösbare Abwicklungsprobleme mit sich. Denn es sei kaum festzustellen, wann ein Vertrag vollständig abgewickelt sei.

Drittes Kapitel

Rechtslage bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln aufgrund richterlicher Inhaltskontrolle

A. Ergebnisse der früheren Rechtsprechung

I. Teilnichtigkeit - Gesamtnichtigkeit

1. Rechtsfolgen entsprechend § 139 BGB?

Die bisherige Rechtsprechung hat den Umfang der Unwirksamkeit nichtiger Klauseln zunächst nach § 139 BGB beurteilt. In Übereinstimmung mit der Literatur galt der Grundsatz, daß die Unwirksamkeitsvermutung dieser Regelung auf Verträge nicht anwendbar sei, wenn einzelne AGB der Inhaltskontrolle nicht standhielten¹⁾. Die Nichtigkeit erstreckt sich nur auf die jeweils entschei-

1) BGH 29.10.1956, Z 22, 90, 92; 11.11.1968, Z 51, 55, 57; 19.4.1972, NJW 1972, 1227, 1228; Naendrup mit Nachweisen zur RG-Rechtsprechung (S. 17) und zur älteren Literatur (S. 19 ff.); Raiser S. 321; Schmidt-Salzer F 50; Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 1; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 5 m.w.N.

derungserheblichen Klauseln²⁾. Der Vertrag im übrigen blieb wirksam.

Die Begründung für diese Ansicht war wenig einheitlich. Eine Meinung ging dahin, die Fortgeltung des Restvertrages entspreche wegen der Besonderheiten der AGB-Verwendung dem mutmaßlichen Parteiwillen. Anders als bei individuell ausgehandelten Vertragsbestandteilen sei nicht zu vermuten, daß mit Wegfall der Einzelklausel der gesamte Vertrag unwirksam sein solle. Denn die AGB zeichneten sich gerade dadurch aus, daß sie nicht im einzelnen ausgehandelt worden seien. Sie hätten deshalb eine geringere Bedeutung als die übrigen Vertragsbestandteile.

Für diese Ansicht spricht folgendes Beispiel: Eine Bank, die mit vielen Kunden in Geschäftsverbindung steht, ist kaum daran interessiert, daß sämtliche Verträge wegen einer AGB-Klausel insgesamt unwirksam sind. Das könnte für alle Vertragsparteien unerwünschte wirtschaftliche Folgen haben³⁾. Es wird nicht verkannt, daß oft die Klauseln sich als unwirksam erweisen, die dem Verwender eine besonders wirksame Handhabe gegen den Kunden versprechen. Dann wird dem Verwender daran gelegen sein, das ganze Geschäft scheitern zu lassen. Entgegengesetztes Interesse besteht beim Kunden. Ein mutmaßlich übereinstimmender Parteiwille läßt sich häufig nicht feststellen. Deshalb haben andere Autoren die Nichtanwendung des § 139 BGB mit dem Schutz des Kunden begründet, den Inhaltskontrolle bezweckt. Dieser Schutz sei nur durch die Aufrechterhaltung des Vertrages (zu angemessenen Bedingungen) zu erreichen⁴⁾.

2) Vgl. Erster Teilbericht zu § 10, S. 93 f.; Naendrup S. 60

3) Vgl. Mroch S. 50

4) Raiser S. 321, 323; Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 1; Naendrup S. 167 ff. insbes. S. 169

Ferner ist darauf verwiesen worden, daß dem § 139 BGB der Gedanke der Privatautonomie zugrundeliegt. Dieser setzt eine Entschließungsfreiheit der Parteien nicht nur bezüglich des Abschlusses, sondern auch hinsichtlich der Gestaltung voraus. Bei AGB aber fehle es an einer Einigung über die Einzelbestimmung⁵⁾.

Schließlich ist teilweise in der Anwendung des § 139 BGB eine unzulässige Rechtsausübung und damit ein Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben gesehen worden. Der Verwender, der sittenwidrige Klauseln aufstellt, solle sich nicht auf eine in erster Linie zum Schutz des anderen Vertragsteils geschaffene Vorschrift, § 139 BGB, berufen und diese für sich in Anspruch nehmen können. Das RG hat bereits am 15. März 1915⁶⁾ entschieden, es müsse einer Partei verwehrt sein, "die von ihr selbst in rechtsungültiger Weise vorgenommene Handlung zu ihrem eigenen Vorteil auszunutzen, um dadurch die Ungültigkeitserklärung eines anderen mit jenem ungültig zusammenhängenden Geschäft aufgrund des § 139 BGB herbeizuführen"⁷⁾.

Dieser Grundsatz des RG muß auch für den Kunden gelten: Bestreitet er den Geschäftsabschluß, kann er nicht Rückabwicklung des gesamten Vertrages verlangen und sich von lästig gewordenen Bindungen lösen, wenn nur eine AGB-Klausel nichtig ist. Das Ausscheiden der mit dem Gesetz unvereinbaren Bedingungen gewährleistet ausreichenden Kundenschutz.

5) Sandrock AcP 159 (1960/61), 481, 531 f.; BGH 1.3.1974, NJW 1974, 1246, 1248; Soergel/W. Hefermehl (10. Aufl.) § 139 RdNr. 30; Diederichsen ZHR 132 (1969), 232, 248, 259; Naendrup S. 160 f.

6) Z 86, 323, 326

7) Vgl. auch Weber WM 1968 Sonderbeilage Nr. 2, S. 17; Erman/Brox § 139 RdNr. 35

2. Ausnahmsweise: Gesamtnichtigkeit

Nichtige AGB könnten jedoch dann zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führen, wenn

- (a) eine Vielzahl von Klauseln wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam war,
- (b) soweit umfangreiche und für den Partner nachteilige, nicht leicht verständliche Bedingungen in Formularen so unübersichtlich und ungegliedert aufgeführt waren, so daß sich der Partner vor Unterzeichnung nicht hinreichend über die rechtliche Tragweite der einzelnen Klauseln klar werden konnte⁸⁾
- c) schließlich, wenn die Vertragsbedingungen gerade in ihrer Gesamtheit eine mit Treu und Glauben unvereinbare Beschränkung des Partners und seiner Handlungsfreiheit herbeiführen⁹⁾.

8) BGH 11.11.1968, Z 51, 55 (Automatenaufstellvertrag)

9) BGH 3.3.1971, WM 1971, 305 f.; 9.4.1972, WM 1972, 770

II. Behandlung beanstandeter Klauseln

1. Ersatzloser Wegfall

Keine Schwierigkeiten haben sich ergeben, wenn der schlichte Wegfall der Klauseln die Vertragsgerechtigkeit wieder herstellte. Die Rechtsprechung hat unwirksame Gerichtsstandsvereinbarungen ersatzlos gestrichen¹⁾, Maklern die Berufung auf bestimmte Klauseln verwehrt²⁾. Stets, wenn gesetzlich nicht vorgesehene Zusatzrechte ausbedungen worden waren, mit denen der Vertrag nicht "stand und fiel", hat ihr Wegfall genügt, die Vertragsgerechtigkeit wieder herzustellen.

2. Dispositives Recht als Ersatzregelung

Soweit dagegen Regelungslücken entstanden, ist vielfach an die Stelle der AGB das durch sie verdrängte Gesetzesrecht getreten. So hat der BGH § 17 Abs. 1 der "Allgemeinen Gebührenordnung für wirtschaftsprüfende sowie wirtschafts- und steuerberatende Berufe" für rechtsunwirksam erklärt. Diese Bestimmung besagte, daß bei vorzeitiger Beendigung eines Auftrags "ohne berechtigten Grund" der Berufsangehörige ohne Rücksicht auf die von ihm bis zur Lösung des Vertragsverhältnisses tatsächlich erbrachten Dienstleistungen stets Anspruch auf die volle vereinbarte Vergütung habe. Anstelle dieser Regelung ist § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB anzuwenden³⁾.

1) BGH 17.2.1964, Z 41, 151, 156; 4.6.1970, Z 54, 106, 115; 19.4.1972, WM 1972, 770, 772

2) BGH 8.5.1973, Z 60, 377, 384 f.

3) BGH 4.6.1970, Z 54, 106, 115; vgl. auch BGH 17.2.1964, Z 41, 151, 156; 19.4.1972, WM 1972, 770, 772

3. Reduktion auf ein gesetzlich vertretbares Maß

Daneben hat die frühere Rechtsprechung unangemessene Regelungen mit einem eingeschränkten, angemessenen Umfang aufrechterhalten.

a) Bei langfristiger vertraglicher Bindung - Bierlieferungsverträgen - nahm die Rechtsprechung eine 20jährige Bindung des Gastwirts als Grenze des im Ausnahmefall Zulässigen an: Längere Bindungsverpflichtungen verstießen gegen Treu und Glauben. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts werde in unzumutbarer Weise eingeengt⁴⁾. Daher sei eine über 20 Jahre hinausgehende Bindung unwirksam. Es bestünden aber keine Bedenken, die Zeitabschnitte derart zu zerlegen, daß diese sich als Teil eines Vertrages im Sinne des § 139 BGB darstellten. Dann könnten bei einem - zu vermutenden - Parteiwillen Verträge mit einer kürzeren, nicht zu beanstandenden Laufzeit von bis zu 20 Jahren aufrechterhalten werden⁵⁾. Zudem führe die Rückabwicklung des bereits teilweise erfüllten Bierlieferungsvertrages im Einzelfall zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten. Entscheidend bleibe allerdings, daß eine Aufrechterhaltung dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Parteiwillen entspreche⁶⁾.

b) Entsprechend dieser Rechtsprechung hat der BGH im Urteil vom 16. April 1973 eine ganze Klausel - § 18 Abs. 2 Gebührenordnung für Ingenieure (GOI) - neugefaßt⁷⁾.

4) BGH 7.10.1970, NJW 1970, 2243; 14.6.1972, NJW 1972, 1459; 16./17.9.1974, NJW 1974, 2089

5) Vgl. zur Laufzeitreduzierung bei Mietverträgen BGH 7.2.1962, NJW 1962, 734

6) Der BGH hat diesen Gedanken in seiner Entscheidung vom 31.1.1973 (WM 1973, 357) ausdrücklich bestätigt.

7) Z 60, 353, 362

Der Ingenieur, der aus einem Grund kündigt, den sein Auftraggeber zu vertreten hat, behalte grundsätzlich den Anspruch auf die vertragliche Vergütung. "Er muß sich jedoch", - so die einschränkende Fassung des BGH - "dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Auflösung des Vertrages an Aufwendungen erspart und durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt".

Im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach § 157 BGB ermittelt der BGH, was die Parteien vereinbart hätten, hätten sie erkannt, daß die Klausel der Inhaltskontrolle nicht standhalte.

c) Ebenso hat der BGH Freizeichnungsklauseln so gefaßt, daß sie nachfolgender Inhaltskontrolle standhielten⁸⁾. Diese Rechtsprechung ging von ihren früheren Grundsätzen zur Wirksamkeit der Freizeichnungsklausel aus: Dem schutzwerten Interesse des Käufers genüge es, wenn er anstelle eines Minderungs- oder Wandlungsrechts ein Nachbesserungsrecht erhalte. Denn das schutzwerte Käuferinteresse bestehe allein darin, daß er eine mangelfreie Ware zum vereinbarten Kaufpreis erhalte. Dieses Interesse könne auch dadurch gewahrt werden, daß der Verkäufer einen auftretenden Mangel in sachgerechter Weise beseitige. Die Gewährleistungsrechte lebten aber wieder auf, wenn sich das Nachbesserungsrecht nicht realisieren ließe⁹⁾.

Demgemäß seien auch Klauseln, mit denen der Veräußerer einer Eigentumswohnung seine eigene Gewährleistungspflicht gegenüber dem Erwerber ausschließt und gleichzeitig seine Ansprüche gegen die Baubeteiligten

8) BGH 29.3.1974, Z 62, 251, 254 f.

9) BGH 29.10.1956, Z. 22, 90, 99 f.

(Architekten, Bauunternehmer, Handwerker, Lieferanten) an den Erwerber abtrete, einschränkend auszulegen¹⁰⁾: Die Eigenhaftung des Veräußerers sei nur insoweit abbedungen, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die Baubeteiligten schadlos halten könne. Das Risiko des Fehlschlags der Schadloshaltung trage der Veräußerer. Daneben bleibe auch die Haftung für Mängel bestehen, die in seinem allgemeinen Verantwortungsbereich lägen¹¹⁾.

d) Schließlich hat der BGH ein Aufrechnungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Konkursfall eingeschränkt¹²⁾. Aufrechnungsverbote bezweckten zu verhindern, daß der Vertragspartner den Lohn für erbrachte Leistungen vorenthalte, sich auf zweifelhafte Gegenforderungen berufe und so eine schnelle und zügige Geschäftsabwicklung hinauszögere. Dieser Zweck entfalle im Konkurs des Verwenders. Hier gehe es allein um die gesetzliche Abwicklung aller Ansprüche. Nun belaste das in den AGB enthaltene Aufrechnungsverbot den Vertragspartner bei der Realisierung der Gegenforderung. Wäre die Aufrechnung weiterhin unzulässig, bliebe er wegen seiner Forderungen als einfacher Konkursgläubiger auf die Masse angewiesen. Er könnte nicht nach den §§ 53, 54 KO von seiner Schuld befreit werden, und so im Ergebnis wegen seiner Gegenforderung auch keine abgesonderte Befriedigung erhalten. Deshalb sei die Aufrechnungsverbotsklausel wegen der durch den Konkurs vollkommen gewandelten Interessenlage beider Vertragsteile einschränkend auszulegen, daß sie für den Konkursfall nicht gilt.

10) Gemeint ist, zu reduzieren

11) BGH 29.3.1974, Z 62, 251, 254 f.

12) 2.12.1974, NJW 1975, 442

e) Die Argumentation der Rechtsprechung ähnelt auch in anderen Fällen meist den obigen Ausführungen zur geltungserhaltenden Auslegung. Die Gerichte haben durch Einengung oder Ergänzung der Klausel versucht, sie auf ein zulässiges Maß zurückzuführen, dem Klauselwerk eine billigenswerte Gestalt zu geben. Die Grenze sah der BGH dort, wo das Verfahren zu einem Vertrag mit neuem Charakter geführt hätte. Das Gericht sei nicht befugt, den Parteien eine Vertragsgestaltung aufzudrängen, da dann nicht mehr überschaubar sei, welche Rechte und Pflichten auf die Parteien zukämen¹³⁾.

4. Unzulässige Rechtsausübung

Die letzte Möglichkeit zum Schutz des Kunden vor unbilligen Klauseln hat der Rechtsprechung der Grundsatz mißbräuchlicher Rechtsausübung gedient. Dem Verwender ist untersagt worden, sich auf Bestimmungen zu berufen, die an sich wirksam waren, deren Anwendung im Einzelfall jedoch zu unerträglichen Ergebnissen geführt hätte. So hat sich ein Spediteur auf die wirksame Begrenzung seiner Haftung auf 1.500,-- DM (§ 54 a ADSp) bei eigenem grobem Verschulden oder solchem seiner leitenden Angestellten nicht berufen können¹⁴⁾.

Der Versicherer, der grundsätzlich von seiner Leistungspflicht befreit wird, wenn ihm ein Versicherungsnehmer bei den Verhandlungen über die Ermittlung der Entschädigung wissentlich falsche Angaben macht, hat ausnahmsweise leisten müssen, wenn sich die Täuschung auf einen

13) BGH 11.11.1968, Z 51, 55, 58; Mattern WM 1974, 762, 773

14) BGH 6.3.1956, Z 20, 164; vgl. zum Verbot der Banken, sich auf ihre Freizeichnung für Auskünfte und Empfehlungen zu berufen, BGH 28.4.1954, Z 13, 198

anderen Versicherungsbereich bezog und schutzwürdige Interessen des Versicherers nicht betraf¹⁵⁾.

Auch diese Entscheidungen verdeutlichen, auf welche Weise der BGH Klauseln "bekämpft" hat, die der Inhaltskontrolle standhielten. Systematisch handelt es sich deshalb allenfalls um Rechtsfolgebestimmung, wenn man die Klauseln aufgrund der unzulässigen Rechtsausübung als unwirksam ansieht. Dann läge hier der Vergleich mit dem ersatzlosen Wegfall (erste Gruppe) nahe.

5. Zusammenfassung

Der Grundsatz der Teilnichtigkeit sowie Streben nach Einzelfallgerechtigkeit zeichnen die bisherige Rechtsprechung aus. Zumeist hat die geltungserhaltende Auslegung als Mittel gedient, um die gewünschten Ergebnisse zu erzielen. Die Klauseln sind derart angepaßt worden, daß sie einer nachfolgenden Inhaltskontrolle standgehalten haben. Dabei ist die Rechtsprechung davon ausgegangen, daß die Parteien den Willen hatten, den Klauseln die vom Gericht für wirksam erachtete Fassung zu geben. Hat eine akzeptable Änderungsmöglichkeit gefehlt oder das Gesetz selbst eine annehmbare Fassung enthalten, sind die Klauseln für nichtig erklärt und die Parteien auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen worden.

15) BGH 6.5.1965, Z 44, 1; vgl. auch 28.11.1963, Z 40, 387; weitere Beispiele bei Mattern WM 1974, 762, 773 f.

B. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach dem AGBG

Gelten die Grundsätze der früheren Rechtsprechung auch für Verträge, die nach dem 1. April 1977 abgeschlossen worden sind?

I. Ausgangspunkt: § 6

Teilbereiche des bisherigen Rechtszustands hat der Gesetzgeber in § 6 normiert. In Übereinstimmung mit der früheren, auch vom Schrifttum gebilligten Praxis, ist die Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB festgeschrieben worden¹⁾.

§ 6 Abs. 1 geht von der grundsätzlichen Aufrechterhaltung und dem wirksamen Fortbestand der übrigen, nicht betroffenen Vertragsteile aus.

An die Stelle nichtiger Klauseln treten gem. § 6 Abs. 2 die gesetzlichen Vorschriften.

Für besondere Härtefälle bestimmt § 6 Abs. 3 die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages.

Im übrigen werden neue Grundsätze zur Rechtsfolgenbestimmung entwickelt werden müssen, soweit die in der Generalklausel, § 9, und den Klauselkatalogen, §§ 10

1) Vgl. MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 1; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 5; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 1; Stein § 6 RdNr. 1; Löwe/Graf von Westphalen Trinkner § 6 RdNr. 1; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 1; jeweils m.w.N.

und 11, niedergelegten Wertungskriterien mit der bisherigen Rechtsprechung kollidieren. Dabei sind auch die insgesamt durch das AGBG angestrebten Ziele zu beachten²⁾ sowie die der gesamten Rechtsordnung innewohnenden Prinzipien³⁾.

Letztlich wird der Vergleich mit den Rechtsfolgen beim abstrakten Kontrollverfahren gem. §§ 13 ff. zeigen, ob die dort erzielten Ergebnisse mit den Rechtsfolgen des Individualverfahrens vereinbar sind und inwieweit eine gegenseitige Abstimmung erfolgen muß.

1. Grundsatz der Aufrechterhaltung und Weitergeltung des Restvertrages gem. § 6 Abs. 1

Bei Nichtigkeit einzelner Klauseln aufgrund der Inhaltskontrolle bleibt - vorbehaltlich individuell ausgehandelter Vertragsbestimmungen - ⁴⁾ der Restvertrag unabhängig vom Parteiwillen bestehen. Die Anwendbarkeit der übrigen Klauseln und des individuell ausgehandelten Teils wird durch die Unwirksamkeit einzelner AGB nicht berührt.

a) Die Arbeitsgruppe⁵⁾ hat diese Regelung zunächst mit dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien begründet.

2) (unter anderem der Schutz des Kunden vor der intellektuellen, sozialen und wirtschaftlichen Übermacht des Verwenders, das Transparenzgebot, die Risikoverteilung)

3) (Treu und Glauben, geringstmöglicher Eingriff, Verstoß gegen die guten Sitten)

4) Vgl. zur Problematik salvatorischer Klauseln 3. Kap. B. IV. 2.

5) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 1, S. 94

Der Fortfall einzelner Klauseln sei, da sie nicht Punkt für Punkt ausgehandelt worden seien, nicht so gravierend für die Beteiligten, als daß zu vermuten wäre, sie wollten nicht mehr an der Vereinbarung festhalten⁶⁾. M. E. ist wichtiger, daß nur durch Aufrechterhaltung der Schutz des Kunden gewährleistet werden kann. Mit der Gesamtnichtigkeit des Vertrages wäre dem AGB-Unterworfenen nicht gedient: Bei erfolgreicher Beanstandung verlöre er jene vertraglichen Ansprüche, denen der Wegfall unwirksamer Klauseln zum Durchbruch verhelfen soll. Des weiteren träfe ihn bei vollzogenem Leistungsaustausch und der damit erforderlich werdenden Rückabwicklung gem. §§ 812 ff. BGB u. U. das (unzumutbare) Risiko des Wegfalls der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB⁷⁾.

b) § 6 Abs. 1 ist deshalb auch dann anwendbar, wenn die Unwirksamkeit von Klauseln aus allgemeinen Vorschriften folgt. Entgegen der Begründung des Regierungsentwurfs⁸⁾, in der nur die Fälle der §§ 2, 3, 9, 10 und 11 erwähnt worden sind, enthält der Wortlaut derartige Einschränkungen nicht. Gerade die vergleichbare Interessenlage erfordert die Aufrechterhaltung auch bei anderen Nichtigkeitsgründen. Neben den §§ 138, 242 BGB kommen insbesondere die Fälle des Verstoßes gegen Formvorschriften (§ 125 BGB), gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) und die Unwirksamkeit wegen Anfechtung der nach § 2 erforderlichen Geltungsvereinbarung in Betracht⁹⁾.

6) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 1, S. 94

7) So auch RegE. zu § 5, BT-Drucks. 7/3939 S. 20

8) Zu § 5, BT-Drucks. 7/3919 S. 20

9) Absolut h. M.: MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 3; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 10; Stein § 6 RdNr. 3; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 3; Dietlein/Rebmann § 6 Nr. 2; Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 2 b; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 3

c) Der Grundsatz der Aufrechterhaltung erfährt jedoch eine Einschränkung: Erforderlich ist immer, daß ein existenzfähiges "Etwas" übrig bleibt, das ggf. nach § 6 Abs. 2 ergänzbar und auslegungsfähig ist¹⁰⁾. Soweit das Restgeschäft keine hinreichende Grundlage für einen Interessenausgleich bildet, sind zumeist beide Seiten nicht mehr daran interessiert. Da auch der Richter den Vertrag nicht neuschreiben darf - der ursprüngliche Kern der Parteivereinbarung ist unantastbar -, bleibt allein die Unwirksamkeit¹¹⁾.

Umstritten ist, ob es sich bei derartigen Rumpfvverträgen um eine zumutbare Härte gem. § 6 Abs. 3 handelt¹²⁾. Das kann jedoch dahinstehen, denn im Ergebnis besteht Einigkeit: Ein schutzwürdiges Interesse an der Weitergeltung des Vertragstorsos fehlt. Allein dessen Nichtigkeit ist sachgerecht¹³⁾.

10) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 11; Koch/Stübing § 6 RdNr. 8; Ermann/H. Hefermehl § 6 RdNr. 4, 16

11) Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe zu § 10 Abs. 3, S. 96; LG Tübingen 15.10.1980, MDR 1981, 227; Schmidt-Salzer F 64; beachte auch BGH 2.3.1978, BB 1978, 637: auch im Falle der Nichtigkeit zahlreicher AGB-Klauseln bleibt der Vertrag im übrigen wirksam, sofern nicht wegen der Nichtigkeit der Klauseln eine vom Gericht vorzunehmende Änderung des Vertrages zu einer völlig neuen, von den Parteien nicht gewollten Vertragsgestaltung führen würde.

12) So Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 16; Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 6; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 50; a. A. Koch/Stübing § 6 RdNr. 14; Ermann/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 4; vermittelnd Stein § 6 RdNr. 16 m.w.N.

13) RegE. zu § 5 Abs. 3, BT-Drucks. 7/3919, S. 4; vgl. auch LG Tübingen 15.10.1980, MDR 1981, 227

2. Ausdehnung des Restvertrages durch Eingrenzung der nichtigen Klausel

Um den Umfang des gem. § 6 Abs. 1 gültigen Restvertrages bestimmen zu können, bedarf es des genauen Festlegens der nichtigen Klausel. Was ist gem. § 9 Abs. 1 "unwirksam, wenn ..."? Wie ist die "eine Bestimmung" zu fassen, von der die Klauselkataloge zumeist sprechen?

Überraschenderweise schenken Rechtsprechung und Lehre diesem Problem kaum Aufmerksamkeit. Vielmehr setzt die Diskussion sofort bei der Rechtsfolgenbestimmung des § 6 Abs. 2 ein. Dort wird dann, wie noch im einzelnen darzulegen ist, u. a. mit Überlegungen zur Teilbarkeit einer Klausel versucht, die durch den Wegfall einer nichtigen Regelung auftretende Lücke möglichst klein zu halten. Die Begründungen für die Zulässigkeit solchen Vorgehens können jedoch ebenso zur Bestimmung des Begriffs der "unwirksamen Klausel" herangezogen werden.

Auch wird häufig übersehen, daß zur Unterscheidung zwischen teilbaren und unteilbaren Klauseln - darauf weist E. Schmidt zu Recht hin¹⁴⁾ - ebenfalls eine gewisse Präzisierung des Klauselbegriffs erforderlich ist.

a) Zur Festlegung der unwirksamen Bedingung bietet sich auf den ersten Blick eine formale, am jeweiligen AGB-Werk orientierte Abgrenzung an. Bestandteil einer Klausel könnte all das sein, was der Verwender durch Untergliederung, Absätze, Nummern oder Buchstaben als einzelne Bedingung ausgewiesen hat. Der Grad der Ausdifferenzierung entschiede so über den Umfang des gültig bleibenden Restvertrages.

14) JA 1980, 401, 402

Eine solche Ansicht eröffnete Zufälligkeiten Raum: Die Abfassung von AGB bringt es mit sich, daß häufig unterschiedliche Punkte unter einem besonderen thematischen Oberbegriff zusammengefaßt werden. Dazu gehören beispielsweise Gewährleistungsregelungen oder Haftungsklauseln. Auch im Kundeninteresse wird dadurch ein Gesamtüberblick leichter möglich. Verstoßen nun Einzelpunkte gegen die Inhaltskontrollnormen, entschiede die formale Abfassung über den Nichtigkeitsumfang. Dem geschickten Verwender wäre es ein Leichtes, der "Ansteckungsgefahr" vorzubeugen, indem er jeden Einzelpunkt in einer neu durchnummerierten Klausel präsentierte. Er könnte, um die Regelungen möglichst immun zu halten, das Klauselwerk auf Kosten der Übersichtlichkeit in immer kleinere Bereiche zergliedern¹⁵⁾. Die formale Betrachtungsweise forderte ihn geradezu dazu heraus. Der Richter müßte selbst bei inhaltsgleichen AGB wegen der unterschiedlichen Anordnung zu verschiedenen Ergebnissen gelangen und hätte so vor allem das organisatorische Talent des Verwenders zu bewerten. Das ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

b) Vielmehr ist nach inhaltlichen Kriterien zur Bestimmung der (nichtigen) Klausel zu suchen.

aa) Dabei können die Klauselkataloge, §§ 10, 11, wichtige Anhaltspunkte bieten. Denn sie enthalten das Ergebnis einer fast 100jährigen AGB-Praxis zur Inhaltskontrolle. Sie spiegeln - nach Sachpunkten geordnet - die

15) Vgl. dazu E. Schmidt JA 1980, 401, 402; die von ihm dabei angesprochene Möglichkeit, Klauseln, die rechtlich angreifbar sind, mit formal selbständigen Er satzklauseln zu versehen, gehört nicht in diesen Bereich, sondern betrifft die noch zu erörternde Zulässigkeit salvatorischer Klauseln.

bis 1976 gängigsten unter den unwirksamen Regelungen wider. Auch nach mehrjähriger Geltung des AGBG haben sie weiter große Bedeutung. Immer wieder verstoßen Verwender gegen diese Normen¹⁶⁾.

Als einheitliche Klauseln können diejenigen Bedingungen aufgefaßt werden, die zur Regelung einzelner Sachpunkte der §§ 10 und 11 dienen¹⁷⁾. Dabei kann auch den durch Buchstaben gekennzeichneten Alternativen des Gesetzes eigenständige Bedeutung zukommen: So regeln beispielsweise § 10 Nr. 7 a - Nutzungs- und Gebrauchsvergütung - und § 10 Nr. 7 b - Aufwendungsersatz - Unterschiedliches; § 11 Nr. 2 a ein Leistungsverweigerungsrecht, § 11 Nr. 2 b ein Zurückbehaltungsrecht. Besonders offensichtlich ist die Verschiedenheit der in § 11 Nr. 10 a - f enthaltenen Sachpunkte.

Andererseits enthalten § 11 Nr. 5 a und § 11 Nr. 5 b (zwei selbständige) Oberpunkte - Schadensersatz und Ersatz der Wertminderung -, Anforderungen, denen eine Klausel kumulativ entsprechen muß.

bb) Der Rückgriff auf die Klauselkataloge reicht jedoch für die Prüfung der AGB an der Generalklausel - dem Schwerpunkt jetziger und wohl auch künftiger AGB-Urteile -

16) Vgl. BGH 7.10.1981, MW 1982, 9, 12 zum Verstoß gegen § 11 Nr. 10 b; KG 2.2.1982, ZIP 1982, 555, 556 (§ 11 Nr. 5); BGH 31.3.1982, WM 1982, 666 (§ 10 Nr. 7 a); OLG Hamburg 10.6.1981, WM 1982, 139 (§ 11 Nr. 5 b); OLG Köln 3.7.1981, BB 1982, 638 (§ 10 Nr. 1); OLG Düsseldorf 26.11.1981, DB 1982, 220 (§§ 10 Nr. 1, 10 Nr. 3, 11 Nr. 9, 11 Nr. 5 b, 11 Nr. 4)

17) E. Schmidt JA 1980, 401, 402

nicht aus¹⁸⁾.

Unklar ist weiter, wie Bestimmungen zu behandeln sind, die einen Sachpunkt der Klauselkataloge formal aufgeteilt regeln. So kann etwa der in § 10 Nr. 3 angesprochene Rücktrittsvorbehalt an verschiedenen Stellen des Klauselwerks für einzelne unterschiedliche Sachverhalte niedergelegt werden.

E. Schmidt nennt auch solche Klauseln eigenständig, "die zwar dank kongruenter Rechtsfolgen einen gemeinsamen Prüfungsmaßstab haben, jedoch unterschiedliche Tatbestände regeln wollen"¹⁹⁾. Beispielhaft nennt er Schadensersatzpauschalen in einem vorformulierten Kaufvertrag für die Fälle des Zahlungsverzuges und der Erfüllungsverweigerung, von denen eine § 11 Nr. 5 a standhalten könnte, die andere nicht. Das Schwergewicht der am materiell-rechtlichen Regelungskomplex ausgerichteten Beurteilung bilde die Unterscheidbarkeit der Klauseltatbestände, weniger die Rechtsfolgenseite²⁰⁾.

(1) Dieser Beschreibungsversuch stellt auf den geregelten Sachverhalt ab. Das vorstehende Beispiel zeigt, Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer eigenständigen Klausel soll der Lebenssachverhalt sein, für den das Bedingungsmerk Regelungsvorsicht. Trotz Identität von

18) Vgl. etwa BGH 3.12.1981, ZIP 1982, 184 (Kostenvoranschläge); 2.10.1981, ZIP 1981, 1345 (Vertragsabschlußklauseln); 25.3.1982, WM 1982, 658 (Hinweisklausel auf Einwendungsdurchgriff); 25.2.1982, WM 1982, 445 (Reparaturzeiten); 7.10.1981, BB 1982, 146 (Tagespreisklauseln); Bunte gibt aus den Jahren 1977 - 1980 allein 171 Urteile zu § 9 wieder, AGBE I § 9 (S. 226 - 520)

19) JA 1980, 401, 403

20) Vgl. E. Schmidt JA 1980, 401, 403; ablehnend P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2032

Prüfungsmaßstab und der vom Verwender geplanten Rechtsfolgen geht es bei Zahlungsverzug und Gläubigerverweigerung um Unterschiedliches, so daß auch die Inhaltskontrolle zu verschiedenen Ergebnissen führen kann.

Die Entscheidung darüber, ob es sich um eine oder zwei Klauseln handelt, darf deshalb nicht von der formalen Aufteilung abhängen. Diesen Grundsatz akzeptiert die h. M. im Zusammenhang mit der Rechtsfolgenbestimmung gem. § 6 Abs. 2. Zur Erläuterung ein Beispiel: AGB schreiben das Rücktrittsrecht nicht nur bei der Regelung verschiedener Sachverhalte an mehreren Stellen fest, sondern auch unter einem Oberpunkt. Der Verwender räumt sich Rechte ein und faßt dabei verschiedene Lebenssachverhalte zusammen. Die Rücktrittsklausel enthält mehrere Gründe: Störungen, die in der Sphäre des Kunden liegen - Vermögensverfall, Zahlungsverzug, Kreditunwürdigkeit²¹⁾ - neben Umständen, mit denen der Verwender rechnen muß - Lieferschwierigkeiten seines Großhändlers (Selbstbelieferungsklausel), erwartete Streiks²²⁾ -. Stellt man für die Entscheidung der Frage, wieviele Klauseln vorliegen, auf die Lebenssachverhalte ab, entspricht die Anzahl der Rücktrittsgründe der Zahl selbständiger Klauseln. Diese Konsequenz allerdings ziehen Rechtsprechung und Lehre nicht.

21) Koch/Stübing § 10 Nr. 3 RdNr. 12; Palandt/Heinrichs § 10 AGBG Anm. 3 a, aa; MünchKomm/Kötz § 10 AGBG RdNr. 16

22) Selbst wenn kein Verschulden vorliegt, ist immer zu prüfen, ob die Umstände den Verwender überrascht haben oder er nur sein Verschaffungs- und Haftungsrisiko durch den Vorbehalt der Befreiung auf den Kunden überwälzen wollte. Vgl. Einzelheiten bei Koch/Stübing § 10 Nr. 3 RdNr. 10 f.; Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3 RdNr. 4 ff.; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 10 Nr. 3 RdNr. 30 ff.

Rücktrittsklauseln spielen in der Diskussion um die Teilbarkeit von Klauseln²³⁾ eine große Rolle. E. Schmidt faßt sie wegen der Regelung eines Sachverhalts unter die Teilbarkeitsproblematik (bei einheitlichen Klauseln²⁴⁾). Die h. M. bejaht die Teilbarkeit. "Daß die Restklausel, die dem Verwender ein Rücktrittsrecht aus bestimmten anderen, sachlich gerechtfertigten Gründen einräumt, für sich genommen Bestand haben kann, läßt sich wohl kaum bezweifeln"²⁵⁾. Auch Götz stellt heraus, daß die Unwirksamkeit einzelner "auf die Wirksamkeit anderer in der Klausel genannter sachlich gerechtfertigter Rücktrittsrechte keinen Einfluß hat"²⁶⁾.

P. Ulmer unterscheidet zwischen teilbaren und geteilten AGB-Klauseln: Die Rücktrittsklausel, die einzelne Rücktrittsgründe aufzählt, sei dadurch gekennzeichnet, daß der vorformulierte Text selbst eine Unterteilung enthalte. Außer den unangemessenen seien gesondert auch die angemessenen Vereinbarungen in der einem einheitlichen Sachkomplex gewidmeten AGB-Klausel aufgeführt²⁷⁾. Hier lasse sich die Unwirksamkeitsfolge beschränken: Sie erfasse nicht notwendigerweise den gesamten Rücktrittsvorbehalt.

Soweit die Klauseln zu weit gefaßt sind und nur einen teilbaren, im vorformulierten Text jedoch nicht geteilten Inhalt aufweisen, gelangt P. Ulmer zu anderen Ergebnissen²⁸⁾.

23) Kötz NJW 1979, 785; Götz NJW 1978, 2223, 2224; Koch/Stübing § 10 Nr. 3 RdNr. 18; P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2031; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8

24) E. Schmidt JA 1980, 401, 403

25) Kötz NJW 1979, 785, 786

26) NJW 1978, 2223, 2224

27) NJW 1981, 2025, 2031

28) NJW 1981, 2025, 2031 f.

Der Verzicht auf die Definition des Klauselbegriffs²⁹⁾ bedingt, daß sämtliche Autoren die Zulässigkeit der Klauselaufteilung gesondert prüfen müssen. Denn § 6 Abs. 1 trifft keine Aussage über die Wirksamkeit der Restklauseln. Doch diese Prüfung geschieht nur oberflächlich, da Zweifel am Ergebnis nicht bestehen³⁰⁾. Teilweise geht sie Hand in Hand mit der Frage nach der Zulässigkeit der Teilung (materiell) "einheitlicher Klauseln", ohne daß unterschiedliche Wertungen deutlich heraustreten. Die Folge davon ist eine Vermengung der verschiedenen Institute zur Lückenvermeidung und -füllung³¹⁾.

Der Sache nach bleibt festzuhalten: Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer einheitlichen Klausel ist der in den AGB geregelte Sachverhalt. Soweit eine formal einheitliche Klausel mehrere Lebenssachverhalte zusammenfaßt, liegen entsprechend ihrer Anzahl selbständige materielle Klauseln vor.

(2) Ein Abstellen auf den Lebenssachverhalt allein reicht zur Klauselbestimmung nicht aus. Es bleibt noch zu klären, ob alle für einen bestimmten Fall vorgesehenen Rechtsfolgen Gegenstand einer einheitlichen Klausel sind oder mehrere AGB entsprechend der Zahl der verschiedenen Regelungen vorliegen.

Stellt man auf materielle Aspekte ab, kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob die Rechte in formal einheitlicher Bedingung niedergelegt, unter einem Oberbegriff aufgegliedert oder an verschiedenen Stellen des Klausel-

29) Das nicht konsequente Weiterentwickeln der Ansätze von E. Schmidt; vgl. die insoweit berechnigte Kritik von P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2032

30) Vgl. P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2032

31) So bei Götz NJW 1978, 2223, 2224 ff.; Kötz NJW 1979, 785, 787 ff.; E. Schmidt JA 1980, 401, 403 f.

werks verankert sind. Nach inhaltlicher Abgrenzung ist jede einzelne Rechtsfolge Gegenstand einer eigenständigen Klausel.

Somit ergibt sich als Zwischenergebnis: Ein Klauselwerk hat so viele eigenständige Klauseln wie geregelte Sachverhalte vorgesehenen Rechtsfolgen zuzuordnen sind.

(3) Eine so gefaßte Klauselbstimmung ist unproblematisch, wenn Lebenssachverhalte oder Rechtsfolgen ausdrücklich im AGB-Werk niedergelegt sind.

(a) Häufig sind insbesondere Verbote umfassend geregelt ohne Aufzählung einzelner Anwendungsfälle. So wird es etwa beim Aufrechnungsausschluß selten vorkommen, daß die verschiedenen Fallkonstellationen besonders erwähnt werden, denn das Bestreben des Verwenders geht nach vollständigem Ausschluß.

Der um wirksame AGB bemühte Verwender wird sich jedoch zunächst an § 11 Nr. 3 orientieren und dem Kunden die darin verankerte Befugnis, mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen, nicht beschneiden. Des weiteren mag er die von der Rechtsprechung zu sonstigen Fällen des Aufrechnungsverbots ergangenen Entscheidungen beachten.

1974 hat der BGH (im Wege geltungserhaltender Auslegung) ein Aufrechnungsverbot dahingehend interpretiert, daß es für den Konkursfall nicht gelten soll³²⁾.

Ferner hat der BGH den Aufrechnungsausschluß auch für Fälle eingeschränkt, in denen mit einem aus vorsätzlicher Vertragsverletzung hergeleiteten Schadensersatzanspruch aufgerechnet wird³³⁾.

32) 2.12.1974, NJW 1975, 442 f.

33) 12.1.1977, DB 1977, 993, 994 m.w.N.

Schließlich sei ein BGH-Urteil vom 15. Februar 1978 erwähnt. Darin wird die Berufung auf ein vertragliches Aufrechnungsverbot als unzulässige Rechtsausübung verwehrt, wenn beide Forderungen entscheidungsreif sind³⁴⁾.

Dennoch erfaßt ein Aufrechnungsverbot, das alle vom Gesetz und der bisherigen Rechtsprechung geforderten Ausnahmen erfaßt, immer noch eine nicht überschaubare Zahl von Lebenssachverhalten. Sind demgemäß in der Regelung viele eigenständige Klauseln zusammengefaßt?

M. E. liegt nur eine Klausel vor. Sie ist wegen des umfassenden Regelungsbereichs allenfalls teilbar³⁵⁾, nicht aber schon vom Verwender aufgeteilt und auch nicht materiell aus verschiedenen eigenständigen Regelungen zusammengesetzt. Deshalb ist bei vorliegender Gestaltung eine Durchnummerierung oder Untergliederung³⁶⁾ nicht möglich. Es sind zwar Lebenssachverhalte vorstellbar, die die Klausel erfaßt. Diese lassen sich jedoch nicht aus dem Text herausnehmen. Allein das Geschriebene kann daraufhin untersucht werden, wie viele eigenständige Klauseln sich darin "verbergen".

(b) Das gilt in gleicher Weise für summarisch gefaßte Rechtsfolgen. So bedeutet der vollständige Gewährleistungsausschluß beim Kaufvertrag, daß dem Kunden kein Recht auf Wandelung, Minderung, Nachbesserung, Ersatzlieferung und kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehen soll (vgl. §§ 462, 463, 480 BGB). Das ergibt sich aus dem Gesetz, nicht aber aus dem Klausel-

34) WM 1978, 620, 621; vgl. auch Erman/H. P. Westermann § 387 RdNr. 15

35) So auch LG Hannover 14.1.1981, ZIP 1981, 513

36) nach Absätzen oder buchstabenmäßig

werk als solchem. Aufteilungen und Untergliederungen sind aus dem Text der AGB allein nicht zu entnehmen, sondern bedürfen richterlicher Gestaltungshilfe. Folglich kann m. E. nicht von verschiedenen, sondern nur von einer "einheitlichen", jedoch teilbaren Klausel gesprochen werden.

(c) Wird dadurch nicht das organisatorische Talent des geschickten Verwenders belohnt, der innerhalb des Klauselwerkes untergliedert und aufteilt? Anscheinend bestimmt sich der Klauselbegriff nach formalen Kriterien. Das trifft in gewissem Umfang zu, denn die Grenzen bei der Festlegung der Klausel werden durch das AGB-Werk gezogen. Nur vorhandene Regelungen können daraufhin untersucht werden, welche "eigenständigen" Klauseln sie enthalten. Der Klauselrahmen ist damit in gewisser Weise formal gezogen, so daß der Verwender durch exakte, detaillierte Regelungen den Inhalt der "eigenständigen" Klauseln bestimmen kann. Innerhalb dieses Rahmens werden die Klauselinhalte nach materiellen Kriterien beurteilt. Das bedeutet auch, daß bei "penibler Zergliederung" des Klauselwerkes nach den darin enthaltenen Inhalten zu fragen ist. Regelt der Verwender nicht unterschiedliche Dinge, ist trotz formaler Teilung eine einheitliche Klausel gegeben. Deshalb hat er es nur beschränkt in der Hand, durch rein formale Gestaltung Einfluß auf die Klauselbestimmung zu nehmen.

c) Zusammenfassend ergibt sich für den Umfang des verbleibenden Restvertrags: Gem. § 6 Abs. 1 bleiben alle Regelungen des AGB-Werks erhalten, die nicht Inhalt der unwirksamen "eigenständigen" Klausel sind. Diese wird innerhalb der durch das Klauselwerk gezogenen Grenzen nach materiellen Kriterien bestimmt. Dazu sind den (vorformulierten) Lebenssachverhalten die vorgeesehenen (und vorformulierten) Rechtsfolgen zuzuordnen.

Dabei ergeben sich entsprechend der Anzahl der möglichen Verknüpfungen von Lebenssachverhalt und Rechtsfolge "eigenständige" Klauseln.

Pauschale Fassungen sind Gegenstand einer einzigen u. U. teilbaren Klausel.

3. Restwirksamkeit von Klauselteilen

Möglicherweise kann der gem. § 6 Abs. 1 verbleibende Restvertrag dadurch vergrößert werden, daß innerhalb der "eigenständigen" Klauseln der wirksame Teil nach Trennung vom nichtigen Klauselrest weitergilt.

a) Die Fragestellung läßt sich an zwei Beispielen verdeutlichen:

aa) Gem. § 11 Nr. 7 sind Ausschluß oder Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht, unwirksam³⁷⁾. Ist die umfassende Klausel "Der Drachenschüler haftet für die Folgen eines Sturzes selbst"³⁸⁾ voll unwirksam, oder kann sich der Verwender mit solcher Klausel für leicht fahrlässiges Verhalten wirksam freizeichnen?

37) Der Erwähnung des vorsätzlichen Verhaltens des Verwenders bedarf es wegen der zwingenden Regelung des § 276 Abs. 2 BGB nicht.

38) OLG München 22.5.1981; NJW 1981, 1963 mit unklarer Begründung unter Anknüpfung an den Wortlaut des § 11 Nr. 7; vgl. auch Entscheidungserläuterung von Witte JA 1982, 90

bb) Was gilt, wenn sich der Verwender entgegen § 10 Nr. 2 eine unangemessen lange Nachfrist vorbehält? Wird die Frist auf ein erlaubtes Maß verkürzt oder entfällt die Nachfristsetzung?

b) Zur Beurteilung der Zulässigkeit der Teilung einer Klausel in wirksame und nichtige Bestandteile sind die Teilbarkeitskriterien festzustellen. Ansatzpunkt kann dabei § 139 BGB sein³⁹⁾.

Teilbarkeit im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn ein einheitliches Rechtsgeschäft ohne Änderung seines Gesamtcharakters sich in Einzeltatbestände aufspalten läßt und die Unwirksamkeit derart auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränkbar ist, daß nach Abtrennung dieses Teils ein Rest übrig bleibt, der für sich genommen als gültiges, selbständiges Rechtsgeschäft unter den Parteien Bestand haben kann⁴⁰⁾.

E. Schmidt hat gegen diese "rechtsgeschäftlich" geführte Debatte Bedenken erhoben. Seines Erachtens setzt § 139 BGB den Tatbestand der Teilbarkeit eines Rechtsgeschäfts voraus und behandelt "dann - auf derselben Ebene bleibend - die Frage nach der Aufrechterhaltung des an sich gültigen Rests". Dagegen habe § 6 Abs. 1 zunächst die teilweise oder gänzliche Unwirksamkeit zum Thema und stelle in Abs. 2 - hierbei die Ebene wechselnd - die Frage nach dem Schicksal der an sich gültigen Vertrags-
teile⁴¹⁾.

39) Kötz NJW 1979, 785, 786; Götz NJW 1978, 2223

40) Vgl. Soergel/W. Hefermehl § 139 RdNr. 21; Palandt/Heinrichs § 139 Anm. 2 a; MünchKomm/Mayer-Maly § 139 RdNr. 17; Erman/Brox § 139 RdNr. 13 ff.; von Esch S. 53; Kötz NJW 1979, 785, 786; Seetzen NJW 1976, 1997, 1999; BGH 14.2.1962, NJW 1962, 912, 913; RG 9.10.1918, Z 93, 334, 338

41) JA 1980, 401, 402 l. Sp., vgl. auch die dem widersprechenden Ausführungen S. 403 r. Sp.

E. Schmidt verkennt, daß § 6 Abs. 1 die Gültigkeit des Restvertrags festlegt und keine Unwirksamkeitsgründe auflistet. Wie § 139 BGB kennt § 6 Abs. 1 die Möglichkeit, die Gesamtregelung, das Klauselwerk, aufzuteilen. Auch Schmidts Hinweis auf § 6 Abs. 2 überzeugt nicht: Diese Vorschrift regelt nicht das Schicksal gültiger Vertragsteile, sondern die Frage der Lückenfüllung. Diese kann möglicherweise durch Aufteilung zum Teil beantwortet werden. Für die Teilbarkeit einzelner Klauseln können die Grundsätze des § 139 BGB Anwendung finden.

aa) Für generelle, zu weit gefaßte, undifferenzierte Formulierungen⁴²⁾ wie den vollständigen Haftungsausschluß im Ausgangsbeispiel - ist Teilbarkeit zu bejahen. Da bei der Teilbarkeitsfrage materielle Kriterien entscheidend sind, muß eine pauschale Regelung in die von ihr umfaßten Unterpunkte aufgeteilt werden.

(1) Diese können häufig dem Gesetz entnommen werden und den von Rechtsprechung und Literatur zu dessen Auslegung entwickelten Inhalten. Wer etwa jegliche Haftung ausschließt, will nicht für Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, eigenübliche Sorgfalt und die sonstigen Fahrlässigkeitsformen - mittelbare, leichte und leichteste Fahrlässigkeit - eintreten⁴³⁾.

Den §§ 462, 463, 480 BGB ist zu entnehmen, daß Gewährleistungsausschluß bedeutet: weder Wandelung, Minderung, Nachbesserung oder Ersatzlieferung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

42) Eine besondere Aufteilung zwischen zu weit gefaßten und undifferenzierten Klauseln, wie Schmidt-Salzer sie vornimmt (F 56 f.) erübrigt sich, da sachliche Unterschiede hinsichtlich der Teilbarkeit nicht gegeben sind.

43) Vgl. zu den Begriffen MünchKomm/Hanau § 277 RdNr. 27

Im AGB-Bereich geben vor allem die Nichtigkeitsgründe der §§ 10 ff. Teilungshilfen. Derer hat sich das OLG München bedient und die Haftungsausschlußklausel "Der Drachenschüler haftet für die Folgen seines Sturzes selbst" lediglich im Umfang des Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 für unwirksam erklärt⁴⁴⁾.

Die Klauselkataloge enthalten wichtige Einzelpunkte als Teilungshilfe, sie dürfen jedoch nicht überbewertet werden.

(2) Schwieriger wird die Orientierung am Gesetz, wenn AGB die Lebenssachverhalte pauschal regeln. Bezüglich eines umfassenden Aufrechnungsverbotcs läßt sich zwar noch § 11 Nr. 3 entnehmen, daß es für "unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen" nicht gilt, im übrigen sind die Grundsätze von Rechtsprechung und Lehre zu diesem Problemkreis heranzuziehen. Doch auch dadurch erhält der rechtsuchende Verwender nur einen Überblick über den jetzigen Rechtszustand. Was geschieht, wenn bei einer Klausel ein Verbotsfall, der bisher nicht als gegen § 9 oder andere Normen verstoßend gewertet worden ist, nunmehr der Inhaltskontrolle nicht standhält? Entfallen dann auch die an sich angemessenen Aufrechnungsverbote, die die Klausel mit umfaßt? Die Frage ist von der Teilbarkeitsmöglichkeit ausgehend zu verneinen.

Die Fragestellung zeigt, daß innerhalb einer Klausel unterschiedliche Sachverhalte losgelöst voneinander bewertet werden können. Das beruht auf der Möglichkeit, bei weitgefaßten Negativformulierungen selbständige Untergruppen zu bilden. Dann kann die Unwirksamkeit

44) NJW 1981, 1963 mit Erläuterung von Witte JA 1982, 90

auf einen Teil der Klausel beschränkt werden. Nach Abtrennung dieses gem. §§ 9, 10 oder 11 nichtigen Teils bleibt ein Anwendungsbereich des Aufrechnungsgebots übrig, der für sich genommen als gültige, selbständige Regelung unter den Parteien Bestand haben kann.

Für zu weit gefaßte, undifferenzierte Klauseln ergeben sich nicht allein durch Gesetz und die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien Teilbarkeitsmaßstäbe, sondern im Einzelfall auch durch die Abtrennung des unwirksam geregelten Lebenssachverhalts von sonstigen Fallkonstellationen.

bb) Klauseln mit qualitativem Übermaß - dazu zählt das Vorbehalten überlanger Nachfristen - ⁴⁵⁾ bereiten Schwierigkeiten bei der Teilung in wirksame und nichtige Untergruppen.

(1) Auch bei eindeutigen Grenzen treten Schwierigkeiten auf:

Hat etwa der Verwender in einem Zeitschriftenbezugsvertrag entgegen § 11 Nr. 12 a und b durch AGB geregelt, daß der Kunde für mehr als zwei Jahre an den Vertrag gebunden ist und bei unterbliebener Kündigung das Vertragsverhältnis als um mehr als ein Jahr verlängert gilt, bietet sich der Rückgriff auf das Gesetz zur Grenzziehung an. Da die Unwirksamkeit der Regelung allein in der zeitlichen Komponente liegt, könnte eine Aufteilung nach Zeitabständen erfolgen. So erhielte man den zulässigen Kern ⁴⁶⁾. Durch dieses Zerlegen entstehen -

45) Zweites Ausgangsbeispiel 3. Kap. B. I. 3. a) bb)

46) Kötz NJW 1979, 785, 786 (Beisp. 1); vgl. auch OLG Hamm 9.10.1981, NJW 1982, 283 zur (abgelehnten) geltungserhaltenden Reduktion von gegen § 11 Nr. 12 a verstoßenden Kündigungsfristen

im Unterschied zur ersten Fallgruppe - eine neue, wirk-
same Regelung sowie ein unselbständiger nichtiger Rest.
Das reicht möglicherweise zur Teilbarkeit der Klausel
nicht aus.

(2) Hier liegt der Kern des Problems (nicht bei der Un-
bestimmtheit des Prüfungsmaßstabes). Denn bei überlangen
Annahme- und Leistungsfristen (§ 10 Nr. 1), unangemesse-
nen Nachfristen (§ 11 Nr. 2) und überhöhten Schadens-
pauschalen (§ 11 Nr. 5) muß der Richter das Zulässige
bzw. das Unzulässige der vorgesehenen Regelung bestim-
men. Er hat zu beurteilen, ab wann die unangemessene
Länge beginnt. Er muß entscheiden, welche Schadenshöhe
nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwarten ist,
um durch Vergleich mit der festgeschriebenen Schadens-
pauschale die Wirksamkeit beurteilen zu können.
Alsdann kann unter Bezugnahme auf die ermittelte Grenze
die Klausel in einen angemessenen Teil und einen "über-
schießenden Rest" zerlegt werden.

(3) Es sind Fälle quantitativen Übermaßes denkbar, in
denen die Grenzziehung nicht so deutlich auf der Hand
liegt wie bei Fristen und Pauschalen. Dazu gehören über-
zogene Formvorschriften. Kötz bildet den Fall⁴⁷⁾, daß
der Verwender den Kunden vorschreibt, bestimmte Anzei-
gen durch Einschreibebrief oder Telegramm vorzunehmen
- im Widerspruch zu § 11 Nr. 16⁴⁸⁾. Kann diese Regelung
nun derart zerlegt werden, daß Schriftform als quanti-
tatives Minus anzusehen, der Einschreibebrief folglich
ein in einer bestimmten Weise abzusendendes Schreiben
ist? Oder liegt darin qualitativ anderes⁴⁹⁾?

47) NJW 1979, 785 (Beisp. 6)

48) Koch/Stübing § 11 Nr. 16 RdNr. 2; Staudinger/Schlos-
ser § 11 Nr. 16 AGBG RdNr. 6

49) So Kötz NJW 1979, 785, 787

(4) Die Frage braucht in diesem Zusammenhang nicht beachtet zu werden. Entscheidend ist m. E., daß Klauseln mit quantitativem Übermaß sich allenfalls zerlegen und aufgliedern lassen⁵⁰⁾. Ihnen fehlen selbständig weitergeltende Unterpunkte. Auch der "schriftstellerisch begabteste" Verwender oder Empfehler ist nicht in der Lage, Fristen, Vertragslaufzeiten, Nutzungsvergütungen, Aufwendungsentschädigungen, Schadenspauschalen o. ä. in mehrere selbständige Unterpunkte aufzuspalten. Denn der angemessene Regelungsteil und der den Rahmen des Zulässigen überschreitende Rest stehen nicht eigenständig nebeneinander, sondern gehören inhaltlich zusammen. Keiner kann hinweggedacht werden, ohne daß der Nichtigkeitsvorwurf entfiel⁵¹⁾.

Kötz spricht in diesen Fällen vom "unwirksamkeitsbegründenden Zusammenhang"⁵²⁾. Er verneint die Teilbarkeit derartiger Klauseln, weil die Unwirksamkeit jeweils diejenigen Bestandteile einer Klausel erfassen müsse, die für die Feststellung der Nichtigkeit relevant seien.

Dogmatisch richtiger Ansatzpunkt für die durch Zerlegung ggf. zu erreichende Übermaßbeseitigung ist die noch näher zu erörternde Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion, nicht der Teilbarkeitsgedanke.

c) Die Teilbarkeitsmöglichkeit zu weit gefaßter, undifferenzierter Klauseln besagt noch nichts über ihre

50) Vgl. E. Schmidt JA 1980, 401, 403 f.

51) Daß in Ausnahmefällen, bei extrem langen Fristen und weit überhöhten Pauschalen das Übermaß und damit der abzutrennende Rest schon selbst unangemessen sein können, steht der Einheitlichkeit der Regelung nicht entgegen.

52) NJW 1978, 2223, 2226

Zulässigkeit. Aus § 6 könnte folgen, daß auch bei teilweise unwirksamen Klauseln der Vertrag so einschließlich des teilweise wirksamen AGB-Rests Bestand hat.

aa) Der Wortlaut von § 6 Abs. 1 ist nicht eindeutig. Wenn es dort u. a. heißt: "Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam", so bleibt einmal unklar, ob sich "ganz oder teilweise" auf die Unwirksamkeit bezieht oder ob nur die Einbeziehung in den Vertrag gemeint ist. Des weiteren spricht die Verwendung des Plurals - "Allgemeine Geschäftsbedingungen" - eher dafür, daß es um das Klauselwerk insgesamt geht und nicht um dessen einzelne Bedingungen.

bb) Auch die historische Auslegung gibt keine klare Antwort.

Der Erste Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz enthielt in § 10 Abs. 1 (dem heutigen § 6 Abs. 1) den Zusatz "ganz oder teilweise" nicht⁵³⁾. Die Begründung dagegen spricht ausdrücklich davon, daß Abs. 1 "zunächst (ge)klärt, welchen Einfluß die teilweise oder völlige Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit von AGB auf den Bestand der übrigen Vertragsteile haben soll"⁵⁴⁾.

§ 10 des RefE. stimmt wörtlich mit dem Vorschlag der Arbeitsgruppe überein⁵⁵⁾. In der Erläuterung bezieht sich "ganz oder teilweise" (nur) auf die Unwirksamkeit⁵⁶⁾.

53) Vgl. S. 30

54) Vgl. Erster Teilbericht, S. 9

55) DB 1974, Beilage 18/74, S. 3

56) DB 1974, Beilage 18/74, S. 21

§ 5 Abs. 1 des RegE. ist identisch mit § 6 Abs. 1⁵⁷⁾ unter wörtlicher Übernahme der Begründung aus dem Ersten Teilbericht⁵⁸⁾.

Der CDU/CSU-E. ist auf das Problem nicht eingegangen⁵⁹⁾.

Der Rechtsausschuß hat eine Änderung des Abs. 1 nicht für erforderlich gehalten.

Daraus wird deutlich, daß sich der Zusatz "ganz oder teilweise" auf die fehlende Einbeziehung und auf die Unwirksamkeit bezieht. Beide Fälle sind gleich zu behandeln.

So verbleibt noch die Interpretation der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen". Darunter versteht der Gesetzgeber, wie auch § 1 - "vorformulierte Vertragsbedingungen" - zeigt, das gesamte Klauselwerk, nicht die einzelne Regelung⁶⁰⁾. Die Aufteilung der einzelnen Klauseln wird im Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 nicht erwähnt. Deshalb folgt aus dessen Entstehungsgeschichte keine Antwort auf die Ausgangsfrage.

cc) Für die Zulässigkeit des Teilens spricht die Regelung des noch zu erörternden § 6 Abs. 2. Die darin beschriebene Lückenfüllung greift ein, "soweit" und nicht sofern die Bestimmungen unwirksam sind. Dem Wortlaut nach ist damit auch die Möglichkeit erfaßt, daß Klauselreste Bestand haben können⁶¹⁾. Ob sich der Gesetzgeber

57) BT-Drucks. 7/3919, S. 4

58) BT-Drucks. 7/3919, S. 21

59) Vgl. § 5, BB 1974, Beilage 9/74, S. 2 und Begründung zu § 5, S. 7

60) Vgl. Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 1, S. 94; RefE. zu § 10, DB 1974, Beilage 18/74, S. 21 r. Sp.; RegE. zu § 5, BT-Drucks. 7/3919, S. 20

61) So auch E. Schmidt JA 1980, 401, 403 r. Sp.

dessen bewußt war, ist unklar. "Soweit" durchzieht das gesamte Gesetzgebungsverfahren, ohne daß zum Inhalt Stellung bezogen worden ist⁶²⁾. Die Teilbarkeitsfrage wird nicht erwähnt. Sie ist eher § 6 Abs. 1 zuzuordnen. Deshalb darf der Wortlaut von § 6 Abs. 2 nicht überinterpretiert werden.

dd) Entscheidend sind letztlich Sinn und Zweck von § 6 Abs. 1. Die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen müßten die Teilbarkeit zulassen. Ob das der Fall ist, kann nicht losgelöst von den geregelten wie ungeregelten Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln beantwortet werden.

Wer Teilbarkeit für unzulässig hält, muß sagen, wie die durch den Wegfall der gesamten Klausel entstehende Lücke geschlossen werden soll. Dazu reicht der Verweis auf § 6 Abs. 2 wegen der vielfach unvollständigen Gesetzesregelungen nicht aus.

Wer demgegenüber Teilbarkeit für zulässig erachtet, muß darlegen, warum dadurch nicht die Grenzziehung unterlaufen wird, die bei der Abgrenzung zur "eigenständigen" Klausel vorgenommen wurde.

Die dem AGBG zugrundeliegenden Wertungen haben nicht allein für die Teilbarkeit Bedeutung. Sie betreffen neben den gesetzlich normierten Rechtsfolgen auch alle weiteren Möglichkeiten der Lückenverhinderung und -beseitigung. Da Ziel der vorliegenden Arbeit ist, ein in sich geschlossenes und befriedigendes System der Rechtsfolgen zu entwickeln, sollen zunächst die übrigen Wege zur Rechtsfolgenbestimmung aufgezeigt werden. Als dann ist bei der Darstellung der "Wertungen" auch über die Zulässigkeit der Teilung von Klauseln zu entscheiden.

62) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 2, S. 30, 94; RefE. zu § 10 Abs. 2, DB 1974, Beilage 18/74 S. 3, 22; RegE. zu § 5 Abs. 2, BT-Drucks. 7/3919, S. 4, 21; Rechtsausschuß zu § 6 Abs. 2, BT-Drucks. 7/5412, S. 4, BT-Drucks. 7/5422, S. 5

So lassen sich Vorgriffe und Wiederholungen vermeiden.

4. Gesamtnichtigkeit bei "unzumutbarer Härte" gem.

§ 6 Abs. 3

§ 6 Abs. 3 berücksichtigt Ausnahmefälle, in denen durch den Wegfall einzelner Regelungen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung so ungleichgewichtig wird, daß untragbare Ergebnisse entstehen. Ein Festhalten am Vertrag wäre in derartigen Fällen mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbar⁶³⁾.

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens sind die Anforderungen an die Nichtigkeit des Restvertrages verschärft worden. Der Rechtsausschuß hat den Begriff der Nichtzumutbarkeit durch das Merkmal "unzumutbare Härte" ersetzt⁶⁴⁾. Dadurch sollte der Ausnahmecharakter herausgestellt und dargelegt werden, daß Extremfälle gemeint sind⁶⁵⁾.

Voraussetzung für die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 6 Abs. 3 ist zunächst ein lückenhaftes Rechtsgeschäft, welches entsprechend § 6 Abs. 2 ergänzt worden ist⁶⁶⁾.

63) RegE. BT-Drucks. 7/3919, S. 21

64) Rechtsausschuß zu § 6 Abs. 3, BT-Drucks. 7/5422, S. 4, 5; Schmidt-Salzer F 54

65) Koch/Stübing § 6 RdNr. 14; Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 5; Schmidt-Salzer F 54; OLG Nürnberg 6.3.1980, DAR 1980, 345

66) Ob über den Wortlaut von § 6 Abs. 3 hinaus auch anderweitige Methoden der Lückenverhinderung und -füllung Unwirksamkeit nach sich ziehen können, muß hier vor Darlegung dieser Wege dahinstehen. Soweit die Wertungen des § 6 Abs. 3 bereits Eingang in diese Methoden gefunden haben, kann es nicht gleichzeitig zur Ergänzung des Klauselwerks und Unwirksamkeit kommen.

Die Fortgeltung des so gestalteten, wieder vervollständigten Vertrags muß für eine Vertragspartei unzumutbar sein. Es kommt für die Beurteilung der Zumutbarkeit deshalb nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den der letzten mündlichen Verhandlung an⁶⁷⁾.

a) Häufig wird es der Verwender sein, der sich nach Wegfall einzelner Klauseln Risiken gegenüberstellt, die er bei Vertragsgestaltung, insbesondere der Preiskalkulation, nicht berücksichtigt hat.

aa) Es drohen Schadensersatzansprüche gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB bei Unwirksamkeit der Gewährleistungsausschlußklauseln (§ 11 Nr. 10 und 11). Der Wegfall von Unverbindlichkeits- und Nachfristklauseln (§ 10 Nr. 1 und 2) kann bei Überschreitung von Lieferfristen Ansprüche wegen Verzugsschäden gem. §§ 286, 326 BGB nach sich ziehen⁶⁸⁾.

Die daraus erwachsende Härte ist nicht grundsätzlich unzumutbar. Denn die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen aufgrund der Inhaltskontrollnormen dient dazu, vorhandenes Ungleichgewicht zu beseitigen⁶⁹⁾.

Andererseits werden bei den Klauselkatalogen kaum Wertungen im Einzelfall getroffen. § 10 begrenzt diese auf die in den Verboten enthaltenen ausfüllungsbedürftigen Begriffe. § 11 verbietet jegliches Eingehen auf die besonderen Umstände des zu beurteilenden Vertrages. Deshalb kann bei enger wirtschaftlicher Verflechtung von

67) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 14;
Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 45; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 17

68) Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 6

69) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 43; Stein § 6 RdNr. 15; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 14

von Kundenvorteil und unwirksamen Klauseln im Ausnahmefall eine besondere Härte vorliegen, wenn allein der Vertragspartner des Verwenders die Vorteile erhalten soll⁷⁰⁾, z. B. wann die Risikoentlastung des Verwenders in die Preiskalkulation eingegangen ist.

Allerdings ist zu beachten, daß der Verwender das Scheitern seiner Klauseln an § 11 regelmäßig vorhersehen kann.

Ebenso erlaubt § 10 trotz der Wertungsbegriffe vielfach ein sicheres Urteil über die Rechtmäßigkeit. Das gilt insbesondere dann, wenn die wertungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale durch die Rechtsprechung konkretisiert worden sind.

Die Aufnahme unwirksamer AGB trotz eindeutig erkennbarer Schranken fällt daher in den Risikobereich des Verwenders und bedeutet grundsätzlich keine unzumutbare Härte.

Nach Ansicht von Kötz hat es sich der Verwender generell selbst zuzuschreiben, wenn ihm Nachteile dadurch entstehen, daß er unzulässige Klauseln verwendet⁷¹⁾. Diese Ansicht dürfte überzogen sein. Eine derart umfassende Einengung des Merkmals "unzumutbar" läßt für § 6 III keine Anwendungsmöglichkeiten mehr. Der Verwender könnte niemals aus der vertraglichen Bindung heraus. § 6 Abs. 3 zeigt jedoch, daß er nicht immer das volle Risiko zu tragen hat.

Das gilt insbesondere bei Regelungen, die an der Generalklausel des § 9 scheitern. Wenn nach Abwägung der Umstände im konkreten Einzelfall der Kunde bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge mehr Nachteile zu tragen hat, als er Vorteile in Anspruch nehmen kann, ist die Klausel

70) Erman/H. Fefermehl § 6 AGBG RdNr. 15; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 22

71) MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 21

zunächst unwirksam⁷²⁾ und damit ein vorhandenes Ungleichgewicht beseitigt. Kam es dem Verwender maßgeblich auf die im Streit stehende Norm an und tritt keine vergleichbare Ersatzregelung an ihre Stelle, wird regelmäßig eine unzumutbare Härte vorliegen⁷³⁾: Beispielsweise bei einem Kreditvertrag, dessen Art der Sicherheitsleistung nach § 9 unwirksam ist. Hier kann der Kreditnehmer nicht erwarten, das Darlehen ohne Sicherheit zu nutzen⁷⁴⁾.

bb) Es sind Fälle denkbar, in denen auch bei klaren Verstößen gegen die §§ 9 - 11 dem Verwender ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Haben die Parteien eines Vertrages beispielsweise erkannt, daß die Risiken des abzuschließenden Geschäftes nach dem dispositiven Recht unvorhersehbar hoch und durch AGB nicht abdingbar sind, versuchen sie häufig, durch Individualabreden die Haftungs- und Einstandspflicht auszuschließen. Vielfach ist der Verwender nur unter dieser Voraussetzung zum Vertragsschluß bereit und in der Lage. Allerdings bedingt es die Art seiner Geschäfte, daß letztlich in jedem einzelnen Fall gegenüber den verschiedenen Kunden die gleichen oder doch vergleichbare "Individualabreden" getroffen werden.

(1) Nach der weitgefaßten Definition des § 1 Abs. 1 S. 1 werden den Kunden in derartigen Fällen AGB vorgelegt, gestellt. Nun ist es Aufgabe des Verwenders, darzutun und zu beweisen, daß die Vertragsbedingungen gem. § 1 Abs. 2 ausgehandelt worden sind. Das Aushandeln erfordert nach Ansicht des BGH zwar keinen tatsächlichen Einfluß des Partners auf den Inhalt der Bedingungen, der

72) Koch/Stübing § 9 RdNr. 26 ff.

73) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 43

74) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 16

AGB-Text muß nicht an einer Stelle äußerlich sichtbar abgeändert oder ergänzt worden sein. Vielmehr reiche es schon aus, daß eine Einflußnahme tatsächlich möglich war. Dem Kunden müsse allein die Chance verantwortlicher Prüfung, Abwägung und Gestaltung gegeben werden. Doch muß der Verwender darlegen, daß er tatsächlich verhandlungsbereit war und sein Partner dies wußte⁷⁵⁾. Gerade dieser Beweis ist nicht zu erbringen, wenn der Verwender nur beim Akzeptieren der Klausel seine dem Kunden günstigen Konditionen halten kann.

(2) Auch bei langfristigen Geschäftsverbindungen mit einzelnen Kunden werden die Verträge nicht jeweils neu ausgehandelt. Haben die Parteien keine Rahmenvereinbarung getroffen, wird die ursprünglich individuell ausgehandelte Vertragsgestaltung immer wieder übernommen werden. Sieht man in der erneuten Vorlage des Musters ein Stellen gem. § 1 Abs. 1 durch eine Vertragspartei und besteht weder Wunsch noch Bereitschaft zur Abänderung, liegen ebenfalls AGB vor.

Selbst das Einverständnis des Vertragspartners mit dem ihm bekannten Klauselwerk schafft nach Ansicht des BGH keine Individualabrede⁷⁶⁾.

Häufig ist es Zufall, ob der Kunde als Besteller das Vertragswerk in die Verhandlungen einbringt und somit sein Vertragspartner ihm Angebote unter Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag unterbreitet oder ob der andere Partner selbst die AGB stellt.

Falls beide Parteien die Einbeziehung bestimmter AGB in den Vertrag verlangen, fehlt es an dem von der h. M.

75) BGH 11.8.1978, DB 1979, 159, 161; Jaeger NJW 1979, 1569 m.w.N.

76) BGH 8.11.1978, NJW 1979, 367, 368

für § 1 Abs. 1 S. 1 verlangten einseitigen Einbringen⁷⁷⁾.

(3) Die Problematik liegt im fließenden Übergang zwischen Individualabreden und AGB. Ein für den Verwender wirtschaftlich notwendiger Haftungsausschluß kann an der Inhaltskontrolle scheitern. Das wiederum bedeutet bei der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung, daß er nicht bewußt gegen das AGBG verstoßen hat. Auch in diesem Fall ist eine unzumutbare Härte gem. § 6 Abs. 3 anzunehmen.

b) Für den Kunden wird die Aufrechterhaltung des Vertrages mit einem nach § 6 Abs. 2 modifizierten Inhalt häufig keine Härte darstellen. Vielmehr hat er zumeist Vorteile daraus. Ausnahmsweise kann bei der Vielzahl unwirksamer Klauseln das Vertragswerk von Grund auf modifiziert werden. Besonders bei gesetzlich nicht typischen Verträgen mag Ungewißheit und Streit über die beiderseitigen Rechte und Pflichten drohen. Der Gesetzgeber wollte verhindern, daß der Kunde nach der Inhaltskontrolle mit einem im Wege richterlicher Umgestaltung neugeschaffenen Vertrag leben muß⁷⁸⁾:

Würde gewissermaßen der Vertragsinhalt neu geschrieben, ist der gesamte Vertrag unwirksam.

c) Die gem. § 6 Abs. 3 ausnahmsweise eintretende Gesamt-nichtigkeit läßt die vertraglichen Beziehungen der Parteien entfallen. Bei Dauerschuldverhältnissen ist vorweg zu prüfen, ob das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nicht ausreicht, um Härten auszugleichen⁷⁹⁾.

77) Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 1 RdNr. 26 ff. m.w.N., insb. RdNr. 29; Jaeger NJW 1979, 1569, 1572; a. A. Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 1 RdNr. 21 a. E.

78) RegE. zu § 5 Abs. 3, BT-Drucks. 7/3919, S. 22

79) Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 4; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 22; Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 6

Ausgetauschte Leistungen sind nach den allgemeinen Regeln, insbesondere den §§ 812 ff. BGB, zurückzugewähren⁸⁰⁾. Aufgrund dieser Normen dürfen dem Verwender keine Ansprüche zukommen, die nach dem AGBG in Klauseln nicht zu vereinbaren sind.

In allen Fällen bleibt die Möglichkeit, Schadensersatz wegen culpa in contrahendo zu verlangen. Denn die Verwendung unzulässiger Klauseln verstößt gegen die den Parteien bei den Vertragsverhandlungen obliegende Pflicht gegenseitiger Rücksichtnahme und Loyalität⁸¹⁾.

80) Vgl. Koch/Stübing § 6 RdNr. 16; dabei ist jedoch zu beachten, daß der zur Lösung des Beispielsfalls vorgenommene Rückgriff auf § 6 Abs. 3 falsch ist. Die Unwirksamkeit der Aufgeldklausel folgt aus § 247 Abs. 2 S. 2 BGB. Die Kündigung hat lediglich die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs zur Folge. Der Darlehensnehmer muß Geld in Höhe der empfangenen Summe an den Darlehnsgeber zurückzahlen. Bis zur Kündigung sind die vereinbarten (monatlichen) Zinsen zu entrichten (vgl. Buß NJW 1977, 1520, 1521). Umstritten ist dabei, wie der anfallende Effektivzins zu berechnen ist, ob die tatsächlich in Anspruch genommene Laufzeit Beachtung findet und eine etwaige rückwirkende Erhöhung bedingt (vgl. Kessler NJW 1977, 2060). Des Rückgriffs auf die §§ 812 ff. BGB bedarf es nicht. Die unzumutbare Härte entfällt auch schon deshalb, weil der Verwender gegen eindeutige Verbote verstoßen hat.

81) Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 4 d, Vorb. 3 c v. § 8 AGBG; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 50; Bauer BB 1978, 476, 477; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 17

5. Lückenfüllung gem. § 6 Abs. 2

§ 6 II enthält die zentrale Rechtsfolgenbestimmung. Die Vorschrift regelt, wie die durch Wegfall von Klausel-(teile)n entstehenden Lücken geschlossen werden sollen! Der Inhalt des Vertrages richtet sich insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften.

a) Voraussetzung für die Anwendung von Abs. 2 ist nach einer in der Literatur verbreiteten Ansicht das Entstehen einer Regelungslücke⁸²⁾. Logisch vorrangig müsse die Frage lauten, ob durch den Wegfall der Klausel überhaupt eine Vertragslücke entstehe⁸³⁾. Denn der Wegfall hinterlasse nicht zwangsläufig Regelungslücken⁸⁴⁾. Das gelte vor allem - so Kötz -, wenn der geschlossene Vertrag zu den gesetzlich typisierten gehöre und die nichtige Klausel dispositives Recht enthalte⁸⁵⁾.

Die Literatur nennt weiterhin Fallkonstellationen, in denen sich der Verwender durch AGB unangemessene Vorteile einräumt. Diese entfallen, z. B. die Rücktrittsmöglichkeit (§ 10 Nr. 3), Änderungsvorbehalte (§ 10 Nr. 4), Vertragsstrafeversprechen (§ 11 Nr. 6), die Möglichkeit, den Vertragspartner auszuwechseln (§ 11 Nr. 3)⁸⁶⁾.

82) Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 2; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 6; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 28

83) MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 6

84) Vgl. auch Koch/Stübing § 6 RdNr. 9; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 6

85) MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 7

86) Weitere Beispiele bei Koch/Stübing § 6 RdNr. 9; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 7; Erman/H. Hefermehl § 6 RdNr. 7;

P. Ulmer und Kötz stellen fest, daß die Prüfung, ob eine Lücke vorliegt, wertend geschehe. Entscheidend seien Sinn und Zweck der getroffenen Vertragsabreden, die Orientierung an den Interessen der typischerweise an Vertragsschlüssen der streitigen Art beteiligten Parteien und der Schutzzweck des AGBG⁸⁷⁾

Diese Betrachtungsweise widerspricht dem Wortlaut des § 6 Abs. 2. Danach ist der durch den Wegfall der nichtigen Regelung entstehende "weiße Fleck" durch dispositives Recht zu füllen. Der Richter hat an die Stelle der unwirksamen Bedingung Gesetzesrecht zu setzen. Wenn es daran fehlt, ist zu entscheiden, ob der "weiße Fleck" bestehen bleiben kann oder eine anderweitige Regelung notwendig ist. Bei der Suche dieser Ersatzregelung sind dann die von P. Ulmer und Kötz genannten Aspekte zu beachten.

b) Der Rückgriff auf materielles Gesetzesrecht kann nur Regelungslücken schließen, wenn die Normen "passen". Das ist nicht der Fall, wenn die nichtige Klausel einer Vertragsneuschöpfung angehört, die keinem gesetzlich normierten Vertragstyp entspricht. Auch bei kombinierten und gemischten Verträgen sowie bei weiterentwickelten Vertragstypen scheiden die dispositiven Regelungen als primäre Ersatzordnung zumeist aus.

aa) Ein unregelter Bereich liegt immer vor, wenn die Parteien neue Vertragskonstellationen vereinbaren, die häufig schon in der Rechtspraxis durch ständige Übung gefestigt sind, jedoch keine gesetzliche Regelung erfahren haben. Dazu gehören beispielsweise die Leasing-

87) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 28; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 6

und Automatenaufstellverträge⁸⁸⁾.

Für das Finanzierungs-Leasing ist die Rechtsnatur bis heute umstritten. Die wohl h. M. nimmt bei Verträgen ohne Kaufoption vorbehaltlich besonderer Ausstattung einen Mietvertrag an⁸⁹⁾. Daneben wird vom Kaufvertrag⁹⁰⁾, Geschäftsbesorgungsvertrag⁹¹⁾ und einem atypischen gemischten Vertrag⁹²⁾ gesprochen⁹³⁾. Zur Entscheidung des konkreten Einzelfalls kann dieser Meinungsstreit häufig dahinstehen. Denn die Kernregelungen werden in der Praxis nicht dem BGB entnommen. Sie sind in umfangreichen Formularverträgen enthalten, die die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten zusammenfassen, die sich nach der Verkehrsauffassung herausgebildet haben. Deshalb kann das dispositiven Recht eines einzigen BGB-Vertrags die wirtschaftlichen Hintergründe nicht voll erfassen und nicht zur Lückenfüllung dienen.

Eine gesetzlich nicht typisierte Vertragskonstellation liegt auch beim Automatenaufstellvertrag vor. Für ihn können die Regeln der Grundstücksmitte gelten, wenn ein Platz für die Anbringung des Automaten gegen festes Entgelt oder Umsatzbeteiligung zur Verfügung gestellt wird.

88) Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 4

89) Flume DB 1972, 1, 4; Erman/Schopp RdNr. 34 vor § 535; Jauernig/Teichmann Vor § 535 Anm. I 3 c bb; Palandt/Putzo Einf. 4 b v. § 535; Reich JuS 1973, 480; J. Blomeyer NJW 1978, 973

90) Ebenroth JuS 1978, 588, 593; Platzke BB 1970, 601, 605; MünchKomm/Voelskow RdNr. 52 vor § 535

91) Koch/Haag BB 1968, 95

92) Larenz SchR II § 63 III, S. 449 ff.; Klaas NJW 1968, 1502, 1507

93) Vgl. dazu BGH 16.9.1981, ZIP 1981, 1215; Schmidt-Salzer F 176 ff.; Klamroth BB 1982, 1949

Ist der Automat hingegen in einen Gewerbebetrieb (z. B. eine Gastwirtschaft) eingegliedert und ist eine Gewinnbeteiligung vereinbart, kommen ein partiarisches Rechtsgeschäft, ein Gesellschaftsvertrag oder ein gemischter Vertrag in Betracht⁹⁴⁾. Welche der einzelnen Regelungen dem Parteiwillen am meisten entspricht, hängt häufig von der konkreten Ausgestaltung der Vereinbarung ab. Das dispositive Recht wird den beiderseitigen Interessen kaum gerecht.

bb) Neben den "Neuschöpfungen" stehen kombinierte und gemischte Verträge, die von der Praxis auf der Grundlage des BGB weiterentwickelt und damit gesetzlich hinreichend geregelt worden sind.

Heinrichs nennt u. a.: finanziertes Abzahlungsgeschäft, Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, Baubetreuungsvertrag, Bühnenaufführungsvertrag, Factoringvertrag, Franchisevertrag⁹⁵⁾.

Bei diesen Verträgen könnte der Richter zwar versuchen, die gesetzlichen Grundtypen herauszuarbeiten und alsdann die dazugehörenden Normen zur Lückenfüllung heranzuziehen⁹⁶⁾. Doch wird das den Parteiinteressen häufig nicht gerecht werden. Deshalb drängt sich eine Vertragsergänzung unter Berücksichtigung des von der Verkehrsauffassung entwickelten Leitbildes auf.

94) Jauernig/Teichmann Vor § 535 Anm. I 3 d bb; MünchKomm/Voelskow RdNr. 41 ff. vor § 535; Palandt/Putzo Einf. 2 d v. § 535

95) Palandt/Heinrichs § 305 Anm. 5 a; vgl. weitere Beispiele bei Jauernig/Vollkommer § 305 Anm. III 3, IV 3; MünchKomm/Söllner § 305 RdNr. 38 ff., 47 ff.; vgl. auch OLG Frankfurt 9.1.1980, NJW 1980, 2531

96) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 30

cc) Schließlich sind Konstellationen denkbar, die einem Vertragstypus des BGB dem Grunde nach zugeordnet werden können, bei denen aber aufgrund ihrer Eigenart besondere Wertungen erforderlich sind. Dazu gehören Verträge über die Lieferung von Strom, Wärme und Wasser⁹⁷⁾.

Grundsätzlich können derartige Verträge wegen der Lieferung von Waren gem. § 651 BGB entsprechend dem Kauf beweglicher Sachen beurteilt werden⁹⁸⁾. Allerdings ist es nach Meinung des BGH zur Vermeidung unüberschaubarer Haftungsrisiken notwendig, die Freizeichnungsmöglichkeiten bei diesen Lieferverträgen voll auszuschöpfen. Das rechtfertigt sich aus dem Bestreben, sozialpolitischen Gesichtspunkten - Wasser, Strom usw. möglichst billig anzubieten - Rechnung zu tragen. Demgemäß müßten Risiken weitgehend auf den Verbraucher abgewälzt werden⁹⁹⁾. Folgt man dieser Rechtsprechung, gilt beim Scheitern einer Haftungsklausel nicht die Gewährleistungsregelung des BGB. Denn sie erfaßt diese besondere Interessenlage nicht.

97) Der Bundesminister für Wirtschaft ist durch §§ 26, 27 zum Erlaß von Rechtsverordnungen für diesen Bereich ermächtigt. Am 21.6.1979 ist die VO über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVG-Gas, BGBI. I 676) erlassen worden; am 26.9.1979 die VO über Allgemeine Bedingungen für Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVB-EltV, BGBI. I 684); am 20.6.1980 wurden die VO über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVB-FernwärmeV, BGBI. I 742) und die VO über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVB-WasserV, BGBI. I 750) erlassen.

98) Vgl. dazu Palandt/Putzo § 433 Anm. 1 c bb; Erman/Weitnauer § 433 RdNr. 25

99) BGH 9.6.1959, NJW 1959, 1423; 4.6.1975, Z 64, 355, 357; 19.4.1978, BB 1978, 827, 828

Auch in den sogenannten Gebrauchtwagenfällen¹⁰⁰⁾ hat der BGH anerkannt, daß vom dispositiven Recht abweichende AGB mit dem Gerechtigkeitsgehalt des BGB vereinbar sein können. Das folge aus den Besonderheiten des Gebrauchtwagenhandels, seinem Kundenkreis und der rasch wechselnden, risikoreichen konjunkturellen Situation in diesem Wirtschaftszweig. Es wäre unangemessen, beispielsweise die gewohnheitsrechtliche Fortentwicklung im Gewährleistungsbereich außer Acht zu lassen und beim Fehlschlagen von Klauseln auf die §§ 459 ff. BGB uneingeschränkt zurückzugreifen¹⁰¹⁾.
Damit hat der BGH ein Leitbild des Gebrauchtwagenkaufs anerkannt.

c) Was gilt, wenn "passendes" Gesetzesrecht zur Lückenerfüllung nicht zur Verfügung steht¹⁰²⁾? Folgt dann aus § 6 Abs. 2, daß mittels ergänzender Vertragsauslegung die Lücke zu füllen ist?

aa) Der Wortlaut des § 6 Abs. 2 gibt zur Antwort auf diese Fragen unzureichend Auskunft. P. Ulmer vertritt die Ansicht, daß § 6 Abs. 2 ersichtlich nur die Normen des dispositiven Vertragsrechts meint. Denn er verweise hinsichtlich des Inhalts des lückenhaften Vertrages auf die gesetzlichen Vorschriften. Mit dieser Formulierung sei es unvereinbar, den Verweis auch auf Vertragsergänzung (§ 157 BGB) zu beziehen¹⁰³⁾.

100) BGH 8.10.1969, NJW 1970, 29, 30 f.; 21.4.1982, NJW 1982, 1700

101) So auch Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 10

102) Vgl. zur Problematik P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2030 mit Hinweis auf BGH 23.11.1978, WM 1979, 327, 328

103) NJW 1981, 2025, 2030; so wohl auch Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 35; (3. Aufl.) RdNr. 24; a. A. Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 4

bb) Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens sind unterschiedliche Möglichkeiten zur Lückenfüllung erörtert worden.

(1) Der Erste Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz schlug ursprünglich folgende Fassung eines § 10 Abs. 2 vor:

"Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages oder seinem von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbild."

Diese Regelung enthält den Grundtenor der bisherigen Rechtsprechung. Sie sieht den Sinn der richterlichen Inhaltskontrolle darin, "Auswüchse in den AGB auf ein vertretbares Maß zurückzuführen, im übrigen aber den Bestand der unbedenklichen AGB-Klauseln zu erhalten"¹⁰⁴⁾. Des weiteren sollte jedenfalls dann, wenn eine dispositive Regelung besteht, diese die Vertragslücke wie bisher¹⁰⁵⁾ schließen.

Für den Fall des Fehlens dispositiven Gesetzesrechts hatte die Arbeitsgruppe vorgesehen, zunächst zu versuchen, "die beanstandete(n) Klausel(n) mit Hilfe von § 242 BGB auf ein vertretbares Maß zu reduzieren"¹⁰⁶⁾. Soweit solche Reduktion nicht möglich sei, sollte eine sachgerechte richterliche Lösung unwirksame Bedingungen ersetzen. Richtschnur der Lückenfüllung sollten die "Natur des Vertrages" oder sein "von der Verkehrsauffassung geprägtes Leitbild" sein¹⁰⁷⁾.

104) Erster Teilbericht S. 92

105) Vgl. BGH 19.4.1972, WM 1972, 770, 773

106) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 2, S. 95

107) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 2, S. 95

Dieser letzte Schritt stieß auf den Widerspruch der Minderheit in der Arbeitsgruppe, da "es in solchen Fällen nicht Aufgabe z. B. eines Gerichts sein könne, von sich aus die ausgefallene Klausel durch eine andere für richtig gehaltene Regelung zu ersetzen"¹⁰⁸⁾.

Ergänzende Vertragsauslegung kam für die Arbeitsgruppe nicht mehr in Betracht. Sie ging wohl davon aus, daß Lückenfüllung anhand der Vertragsnatur oder des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbilds sowie der Weitergeltung des dispositiven Rechts sämtliche Regelungslücken beseitigt werden könnten, ohne daß darauf abzustellen sei, was die Parteien, wäre ihnen die Lücke bewußt gewesen, in Anbetracht des Vertragszwecks nach den Erfordernissen von Treu und Glauben vereinbart hätten.

(2) Der Referentenentwurf übernahm Wortlaut und Begründung des Arbeitsgruppenberichts zu § 10 weitgehend wörtlich. Beim Fehlen dispositiven Rechts sollte primär Reduktion versucht werden. Erst wenn das nicht möglich sei, stelle sich die Frage der Lückenfüllung. Bewußt verwarf der Entwurf dabei die von der Minderheit der Arbeitsgruppe vertretene These, wonach es nicht Aufgabe des Gerichts sein könne, von sich aus die beanstandeten Klauseln zu "korrigieren".

In Anknüpfung an Mroch¹⁰⁹⁾ räumte er den Gerichten eine freiere Stellung und die Befugnis zur Lückenfüllung durch "eine vom Richter zu schaffende, sachgerechte Regelung" ein, ohne ergänzende Vertragsauslegung zu erwähnen¹¹⁰⁾.

108) Erster Teilbericht zu § 10 Abs. 2, S. 96

109) Vgl. Mroch § 13 III, S. 54

110) RefE. DB 1974, Beilage 18/74, S. 22

(3) Der Regierungsentwurf verwässerte die klare Konzeption. Er regelte: ..., "in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages". Der Verweis auf das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild entfiel. Die Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion wurde nicht mehr angesprochen, Mrochs Meinung nur als Schrifttumsvorschlag zitiert. Im RegE. findet sich kein Hinweis auf ergänzende Vertragsauslegung¹¹¹⁾.

(4) Grund dafür mag der zuvor erschienene CDU/CSU-Entwurf gewesen sein. Zur Lückenfüllung bestimmt dessen § 5 Satz 2, daß anstelle unwirksamer Bestimmungen die gesetzlichen Vorschriften, hilfsweise eine der geltenden Rechtsauffassung folgende Regelung treten solle¹¹²⁾. In der Begründung heißt es dazu: "Fehlt es an einer solchen (gesetzlichen Regelung), wird die Lücke in Übereinstimmung mit der allgemeinen juristischen Methodenlehre in Anwendung anderweitiger Rechtsgrundsätze zu schließen sein. Sie lassen sich z. B. der gesetzlichen Regelung verwandter Sachverhalte sowie der für diesen Vertragstypus in der Rechtsprechung, im Schrifttum und in der Wirtschaftspraxis entwickelten Rechtsauffassung entnehmen".

Damit wird erstmals ergänzende Vertragsauslegung als Weg zur Lückenfüllung genannt.

(5) Der Rechtsausschuß hat den Zusatz betreffend die Ergänzung beim Fehlen dispositiven Rechts vollständig gestrichen und § 6 in seiner Gesetz gewordenen Form verabschiedet. Die Streichung wird kurz und knapp damit begründet, daß in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften

111) RegE. zu § 5 Abs. 2, BT-Drucks. 7/3919, S. 21

112) BB 1974, Beilage 9/74, S. 2

"bereits § 157 in Verbindung mit § 133 BGB eine ergänzende Vertragsauslegung" ermögliche¹¹³⁾.

(6) Die Entstehungsgeschichte belegt: Vom Wortlaut des § 6 Abs. 2 sollte Lückenschließung eindeutig nicht erfaßt werden. Die darin vorgeschriebene Ergänzung durch dispositives Gesetzesrecht meint nicht auch die Anwendung der zu § 157 BGB entwickelten Methode. Alle Entwürfe und Vorschläge sowie die Begründung des Rechtsausschusses suchten nach einer besonderen Regelung für den Fall des Nichteingreifens von vertragsrechtlichen Regeln bzw. verwiesen auf die allgemeine juristische Methodenlehre.

Mit der Feststellung, daß § 6 Abs. 2 ergänzende Vertragsauslegung nicht umfaßt, ist noch keine Aussage über deren Zulässigkeit getroffen. Das Gesetzgebungsverfahren läßt den Schluß zu, daß insoweit eine bewußte Absage nicht gewollt war¹¹⁴⁾. Die endgültige Gesetzesfassung läßt die dogmatische Einordnung und das Verhältnis zur geltungserhaltenden Reduktion sowie zur Vertragsergänzung offen. Denn durch die Streichung des Hinweises auf die Vertragsnatur wolle der Rechtsausschuß keine sachliche Änderung herbeiführen. Er wollte Überflüssiges beseitigen und keineswegs positiv festlegen, daß ergänzende Vertragsauslegung anderen Wegen zur Lückenfüllung vorzuziehen habe.

cc) Die Systematik des AGBG, insbesondere die Zusammenschau mit § 6 Abs. 1 und Abs. 3, gibt keinen Anhaltspunkt für die Zuordnung der ergänzenden Vertragsauslegung zu § 6 Abs. 2. Darin spiegelt sich allein der gesetz-

113) BT-Drucks. 7/3200, S. 3

114) So auch P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2030

geberische Wille wider, den Vertrag soweit wie möglich aufrechtzuerhalten und nur ausnahmsweise zur Gesamtnichtigkeit zu gelangen. Auf welche Weise das beim Fehlen dispositiver Normen gehen soll, kann den Absätzen nicht entnommen werden. Allerdings wird man den Zielen von Abs. 1 und Abs. 3 nur gerecht, wenn überhaupt Ergänzungen vorgenommen werden.

d) Für die gem. § 6 Abs. 2 vorzunehmende Lückenfüllung ergibt sich daraus zusammengefaßt folgendes: Soweit "passendes" Gesetzesrecht vorliegt, tritt dieses an die Stelle der gem. §§ 9 - 11 unwirksamen Klauseln. Bei Neuschöpfungen von Vertragstypen, kombinierten und gemischten Verträgen sowie bei weiterentwickelten Vertragstypen auftretende Regelungslücken können demgemäß nicht gem. § 6 Abs. 2 geschlossen werden. In Betracht kommen jedoch folgende, im Gesetzgebungsverfahren angedeutete Möglichkeiten: geltungserhaltende Reduktion, Ergänzung anhand der Vertragsnatur und des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes und die ergänzende Vertragsauslegung. Des weiteren ist an die Vertragsanspassung nach den Grundsätzen beim Wegfall der Geschäftsgrundlage zu denken.

II. Lückenfüllung mittels geltungserhaltender Reduktion

Die sich bei Schließung der Vertragslücken anhand des § 6 Abs. 2 beim Fehlen passenden Gesetzesrechts ergebenden Schwierigkeiten lassen sich möglicherweise dadurch vermeiden, daß bereits das Entstehen von Lücken vermieden wird. Zu diesem Zweck könnte versucht werden, unwirksame Klauseln auf einen Umfang zurückzuführen, innerhalb dessen sie wirksam sind. Ziel dieser sogenannten

geltungserhaltenden Reduktion ist es, nichtige Bedingungen mit einem angemessenen Regelungsgehalt aufrechtzuerhalten. Die Klausel ist so zu fassen, daß sie einer nachfolgenden Inhaltskontrolle standhält.

Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist in Rechtsprechung und Lehre heftig umstritten¹¹⁵⁾. Das hängt u. a. damit zusammen, daß der Begriff "geltungserhaltende Reduktion" mit unterschiedlichem Inhalt verwendet und nicht immer sorgfältig von der Aufrechterhaltung von Klauselteilen und der ergänzenden Vertragsauslegung abgegrenzt wird.

1. Abgrenzung: Teilbarkeit - geltungserhaltende Reduktion

Die Erörterungen zur Wirksamkeit von Klauselteilen haben ergeben, daß die Teilbarkeit einer "einheitlichen" Klausel bei weit gefaßten, undifferenzierten AGB-Inhalten wegen selbständig weitergeltender Unterpunkte gegeben ist. Klauseln mit quantitativem Übermaß sind nicht teilbar. Fristen und Pauschalen können allenfalls zerlegt und aufgegliedert werden. Denn der angemessene Regelungsteil und der unangemessene Teil stehen nicht eigenständig nebeneinander. Sie gehören inhaltlich zusammen.

115) Bejahend: MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 8; Schmidt-Salzer F 56; Kötz BB 1982, 644 f.; OLG Karlsruhe 16.6.1981, NJW 1981, 1676, 1677; OLG Frankfurt/Kassel I 12.5.1981, NJW 1981, 2760, 2762; OLG München 22.5.1981, NJW 1981, 1963; LG Hannover 14.1.1981 BB 1981, 324; verneinend: P. Ulmer BB 1982, 1125, 1132 (solange dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung ausreichen); Löwe BB 1982, 648, 649 f.; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 2; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 15 a; Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Jung BB 1982, 458, 459

Ansatzpunkt der geltungserhaltenden Reduktion¹¹⁶⁾ ist die Rückführung einer gem. § 10 Nr. 1 unwirksamen Frist auf angemessene Dauer¹¹⁷⁾. Zu erörtern sind die Reduzierung der Höhe einer Schadensersatzpauschale (§ 11 Nr. 5 a), die zu langen Laufzeiten oder Kündigungsfristen bei Dauerschuldverhältnissen (§ 11 Nr. 12)¹¹⁸⁾.

2. Methode der geltungserhaltenden Reduktion

a) Bei Klauseln mit quantitativem Übermaß kann entsprechend dem Ziel, eine mit den §§ 9 - 11 zu vereinbarende Regelung zu erhalten, die Angemessenheitsgrenze bereits bei der Inhaltskontrolle gesucht und das Übermaß durch daran orientierte Umformulierung, Streichung beseitigt werden.

Dabei ist die Anpassung an § 11 am einfachsten¹¹⁹⁾. Insoweit bestimmt das Gesetz den Inhalt dessen, was zulässigerweise hätte vereinbart werden können.

§ 10 dagegen fordert wegen seiner unbestimmten Rechtsbegriffe eine Einzelfallbeurteilung. Wertungsmaßstab sind die Gebote von Treu und Glauben, die Abwägung schutzwürdiger Interessen beider Vertragspartner. § 10

116) So teilweise auch E. Schmidt JA 1980, 401, 404

117) Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 6 RdNr. 20

118) MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 9

119) Eine Ausnahme bildet die systematisch § 10 zuzuordnende Vorschrift des § 11 Nr. 5 a.

konkretisiert mit seinen wertungsausfüllenden Begriffen die Generalklausel des § 9. Das bedeutet, daß eine umfassende Betrachtung auch unter Berücksichtigung der Art des Geschäftes und der Besonderheiten der Parteien erforderlich ist. Das Gericht hat alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die bei § 9 zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals "unangemessene Benachteiligung" heranzuziehen sind¹²⁰⁾.

Größere Schwierigkeiten bietet § 9. Probleme seiner Anwendung finden sich bereits bei der Inhaltskontrolle. Da diese jedoch schon vor der Bestimmung der Rechtsfolgen stattgefunden hat, können deren Ergebnisse zugrundegelegt werden. Der Richter muß, um einen Verstoß gegen die Generalklausel festzustellen, zumindest grobe Überlegungen angestellt haben, in welcher Fassung die Bedingung angemessen wäre.

Steht diese Grenze fest, bedarf es nur noch des Zerlegens der Klausel in den wirksamen Teil und das Übermaß. Das ist bei Pauschalen und Fristen einfach.

b) Schwieriger wird die Handhabung der Methode bei überzogenen Formvorschriften. Verlangt der Verwender mehr als Schriftform für bestimmte Anzeigen - etwa Einschreiben, Zustellungsurkunden - , kann entsprechend § 11 Nr. 16 die Angemessenheitsgrenze festgestellt werden. Betrachtet man Schriftform als quantitatives Minus etwa gegenüber dem Einschreibebrief, könnte die "überstrenge" Form eines Einschreibens reduziert werden auf einfache Schriftform.

Sieht man dagegen in der Schriftform ein aluid zu Einschreiben, Telegramm, Zustellungsurkunde usw., paßt das Bild vom Zergliedern nicht mehr. Denn dann steckt diese

120) MinchKomm/Kötz § 10 AGBG RdNr. 1

Form nicht mehr inhaltlich in der Einschreibebriefregelung. Deshalb genügt auch ein Streichen nicht. Vielmehr muß durch Umformen eine inhaltlich andere Regelung geschaffen werden. Ist das noch geltungserhaltende Reduktion? Oder liegt darin eine Vertragsergänzung?

3. Abgrenzung: geltungserhaltende Reduktion - Vertragsergänzung

Das OLG Frankfurt hatte 1976 über die Wirksamkeit von Klauseln eines Leasingvertrages zu entscheiden¹²¹⁾.

U. a. war vereinbart, daß "alle noch nicht fälligen Mieten sofort zahlbar zu stellen" seien, "wenn wesentliche Umstände bekannt werden, die die Erfüllung des Vertrages durch den Mieter in Frage stellen" oder der Leasingnehmer die "in diesem Mietvertrag genannten Verpflichtungen nicht" erfüllt. Dazu gehörte das Verbot, die Ausrüstung, eine Kitt- und Kantenpresse, ohne "Vorlage einer schriftlichen Zustimmung des Vermieters, einem Dritten zu überlassen".

Das Gericht wies die Klage auf Zahlung der gesamten Restmiete mit der Begründung ab, daß es zuvor einer qualifizierten Abmahnung bedurft hätte. Dieses in § 553 BGB aufgestellte Erfordernis für den Fall einer fristlosen Kündigung müsse wegen der schwerwiegenden Folgen auch bezüglich des Rechts gelten, die gesamte Restmiete fällig zu stellen¹²²⁾.

Bei Anwendung des AGBG könnte man mittels § 9 zum selben Ergebnis gelangen. Fehlende Abmahnung wäre als Verstoß

121) 18.5.1976, BB 1976, 857

122) BB 1976. 857, 858 r. Sp.

gegen das in der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild des Vertrages zu werten¹²³⁾.

Mit dieser Feststellung konnte es das OLG Frankfurt bewenden lassen. Mangels Abmahnung war das Klagebegehren abzuweisen. Hätte jedoch die Abmahnung vorgelegen, wäre der Leasingnehmer aufgefordert worden, die Unterverpachtung rückgängig zu machen, und wären ihm die Konsequenzen für den Fall der Nichtbeachtung angedroht worden, dann hätte es einer Vertragsergänzung bedurft. Nur durch die entsprechende Modifizierung des Klauselwerks hätte das OLG die zuvor bei der Inhaltskontrolle gefundenen Ergebnisse berücksichtigen können.

Dazu hätte es jedoch der Neugestaltung der Klausel durch Hinzufügen weiterer "Tatbestandsvoraussetzungen" bedurft. Reduktion des Vorhandenen allein hätte nicht ausgereicht, da die Voraussetzungen "lückenhaft" sind, unvollständig das materiellrechtlich Erforderliche wiedergeben. Eine Rückführung aber setzt ein Zuviel, ein Übermaß voraus. Deshalb kann derartiges Vorgehen nicht von der Methode der geltungserhaltenden Reduktion erfaßt werden. Der dogmatisch richtige Weg ist die ergänzende Vertragsauslegung.

4. Erste Zulässigkeitsüberlegungen

Die so beschriebene, von Teilbarkeit sowie ergänzender Vertragsauslegung abgegrenzte Methode geltungserhaltender Reduktion ist im AGBG nicht verankert. Daraus folgt nicht

123) Vgl. Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 97

ihre Unzulässigkeit. Vielmehr hat der Gesetzgeber sich mit diesem Institut nicht abschließend befaßt und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung und Lehre überlassen.

§ 6 Abs. 2 steht dieser Lücken"beseitigung" nicht entgegen. Das ergibt sich aus folgendem: Die Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz bejahte im Ersten Teilbericht die Rückführung unzulässiger Klauseln auf ein vertretbares Maß¹²⁴⁾, allerdings nur beim Fehlen dispositiven Rechts. Hierin liegt eine systematische Ungenauigkeit. Denn die geltungserhaltende Reduktion als Weg zur Lückenverhinderung¹²⁵⁾ ist der Lückenfüllung vorgeschaltet und muß folglich unabhängig davon gelten, ob Regelungslücken unter Orientierung an der Natur des Vertrages bzw. dem von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbild oder nach dispositivem Recht geschlossen werden. Diese Ungenauigkeit sollte jedoch nicht überbewertet werden, zumal von der Arbeitsgruppe keine gesetzliche Verankerung geplant war. § 6 (§ 10) zeichnete allein den Weg der Lückenfüllung vor.

Für die Bejahung der Zulässigkeit spricht entscheidend, daß im Anfangsstadium des Gesetzgebungsverfahrens die Möglichkeit der Rückführung angenommen wurde. Sieht man ferner, daß es sich bei der Reduktion um ein Prinzip des Vertragsrechts handelt - hingewiesen sei auf die Aufrechterhaltung einer Globalzession unter Reduzierung ihres Anwendungsbereichs auf einen nicht zu beanstandenden Inhalt¹²⁶⁾ - bedurfte es keiner Festschreibung. Die

124) Vgl. Begründung zu § 10 Abs. 2, S. 95

125) MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 8

126) Vgl. BGH 9.11.1978, NJW 1979, 365, 366; weitere Beispiele bei P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2028

Tatsache, daß der Rechtsausschuß § 6 Abs. 2 mit gleicher Intention zusammengefaßt hat, verdeutlicht, daß die AGB-Kontrolle möglichst vollständig in das bestehende Vertragsrecht eingegliedert werden soll.

Deshalb drängt es sich hinsichtlich der abschließenden Beurteilung der Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion auf, die Wertungskriterien für alle möglichen Rechtsfolgen einheitlich darzustellen.

III. (Sonstige) Wege zur Lückenfüllung

Falls eine geltungserhaltende Reduktion nicht zum Zuge kommt und "passendes" dispositives Recht fehlt, sind andere Wege zu beschreiten, um die vertragliche Regelung der Parteien im entscheidungserheblichen Teil zu vervollständigen.

1. Vertragsnatur und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild

Als Anknüpfungspunkt für Lückenfüllung kommt zunächst der ursprünglich vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Rückgriff auf die Vertragsnatur und das von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild in Betracht.

a) Definiert hat der Gesetzgeber diese Begriffe nicht, auch nicht im Zusammenhang mit § 9 Abs. 2 Nr. 2¹⁾.

1) Vgl. Zusammenstellung der Gesetzesmaterialien bei Dietlein/Rebmann zu §§ 6 und 9

Die Zusammenschau mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 verdeutlicht aber, daß es um neue und eigenartige Vertragsgestaltungen geht, die im Wirtschaftsleben losgelöst von den gesetzlichen Leitbildern entwickelt worden sind. Je häufiger derartige Verträge abgeschlossen werden, desto klarer wird nach und nach die Natur des Vertrages durch zahlreiche auf Einzelfälle bezogene Billigkeitsentscheidungen ausgefüllt und verdeutlicht²⁾. Die wirtschaftliche Bedeutung derartiger Leistungsbeziehungen ermöglicht eine weitere Orientierung³⁾. Seine konkrete Ausgestaltung erfährt das wirtschaftliche Gesamtbild in den jeweiligen AGB und Formularverträgen⁴⁾.

Das anschaulichste Beispiel ist die Entwicklung des zwischenzeitlich gesetzlich verankerten Reisevertragsrechts (§§ 651 a - k BGB). Weiterhin sind zu nennen: Automaten-aufstellvertrag⁵⁾, Franchiseverhältnisse⁶⁾, Leasing, Anzeigenvertrag, Bierlieferungsvertrag, PKW-Bewachungsvertrag, Maklervertrag⁷⁾, Heizölvertrag usw.

Die Vielfalt der Schattierungen innerhalb eines Vertragstyps erfordert es, jeweils im Einzelfall zu ermitteln, welche Merkmale das Vertragsverhältnis kennzeichnen.

2) Dietlein/Rebmann § 9 RdNr. 18; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 31

3) Koch/Stübing § 9 RdNr. 31

4) Stein § 9 RdNr. 28

5) Vgl. Übersicht bei Erman/Schopp Vor § 535 RdNr. 42 ff.

6) Vgl. Übersicht bei Erman/Schopp Vor § 535 RdNr. 33

7) Aktuelle Literaturübersicht bei Erman/O. Werner Vor § 652

b) Wie verhält sich dieser Weg der Lückenfüllung zur ergänzenden Vertragsauslegung?

Nach Streichung des Zusatzes gehen die meisten Autoren nur noch auf die ergänzende Vertragsauslegung ein. Soweit sie die gesetzliche Entwicklung aufzeigen, dient der Hinweis auf die Ursprungsfassung des § 6 Abs. 2 allein zur Begründung der Zulässigkeit des Rechtsinstituts⁸⁾. Eigenständige Bedeutung wird der Lückenfüllung anhand der Vertragsnatur oder des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes nicht mehr zuerkannt.

Teilweise betrachtet man diese Kriterien als Unterfall der ergänzenden Vertragsauslegung und zieht sie zur Ausfüllung der Klauseln heran⁹⁾.

Eine völlig selbständige und ergänzende Vertragsauslegung etwa als Spezialfall vorgeschaltete Stellung ist nach Streichung des Zusatzes abzulehnen. Der Gesetzgeber hat sie nicht gewollt. Das zeigt die Begründung des Rechtsausschusses. Er empfahl die Streichung, weil bereits §§ 157, 133 BGB eine ergänzende Vertragsauslegung ermöglichen. Darin klingt an, daß besondere Regelungen für Vertragsergänzungen, die sich inhaltlich mit bekannten Instituten decken, überflüssig sind. Auch besteht kein Bedürfnis, dem Wortlaut zuwider AGBG-spezifische Regeln zu schaffen, wenn andere Möglichkeiten zur Lückenfüllung vorhanden sind.

8) Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 12, 9; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 16; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 8 f.; P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2030 unter Aufgabe der ursprünglichen Ablehnung ergänzender Vertragsauslegung (Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 6 RdNr. 7); Stein § 6 RdNr. 9; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 11

9) Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 4; Koch/Stübing § 6 RdNr. 12

Demgemäß kommt beim Fehlen "passenden" dispositiven Gesetzesrechts allein ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Sie kann jedoch vorgenommen werden unter Beachtung von Vertragsnatur und des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes.

2. Ergänzende Vertragsauslegung

§ 157 BGB gibt nach allgemeiner Ansicht eine Handhabe, lückenhafte Verträge zu ergänzen. Ergänzende Auslegung bezweckt, den Vertrag anhand von Kriterien, die der Interessenlage der Parteien entsprechen oder die für derartige Rechtsgeschäfte typisch sind¹⁰⁾, zu vervollständigen.

a) Für dieses Institut gelten die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze:

aa) Voraussetzung ist stets ein gültiger Vertrag. Ansonsten fehlt die "Ergänzungsbasis". Bei unwirksamen AGB-Klauseln ist der Restvertrag regelmäßig wirksam. Nur ausnahmsweise führt Klauselnichtigkeit gem. § 6 Abs. 1, 3 zur Totalnichtigkeit.

bb) Zudem muß eine ausfüllungsbedürftige Lücke vorliegen. Das ist dann der Fall, "wenn die Vertragsparteien über ein bestimmtes Rechtsverhältnis eine abschließende Vereinbarung getroffen, dabei aber bestimmte Fragen nicht geregelt haben, sei es, daß sie diese bewußt in der Erwartung offen ließen, daß sie darüber schon noch einig würden, sei es, daß sie an einen bestimmten Fall nicht

¹⁰⁾ Erman/W. Hefermehl § 157 RdNr. 16; MünchKomm/Mayer-Maly § 157 RdNr. 26 ff. jeweils m.w.N.

gedacht haben"¹¹⁾. Gleichgültig ist es, ob die Lücke von Anfang an bestand oder später entstanden ist, weil die Umstände sich anders entwickelt haben als vorgesehen¹²⁾.

Auch AGB können Lücken aufweisen, unvollständig sein, wenn etwa gestellte Regelung der Inhaltskontrolle nicht standhält. Ausfüllungsbedürftig ist die Lücke, wenn ohne ihre Schließung der Vertragszweck gefährdet ist¹³⁾.

(1) Teilbarkeit oder geltungserhaltende Reduktion können Lücken verhindern. Folgendes Beispiel mag verdeutlichen, daß die ergänzende Vertragsauslegung nicht übereilt betrieben werden darf.

Der Veräußerer einer neu errichteten Eigentumswohnung hat durch formularmäßige Freizeichnungsklausel die eigene Verpflichtung zur Gewährleistung ausgeschlossen und statt dessen dem Erwerber seine Gewährleistungsansprüche gegen die anderen am Bau Beteiligten abgetreten. Darin liegt ein Verstoß gegen § 11 Nr. 10 a (zweiter Fall). Danach soll die Eigenhaftung nicht durch Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte ersetzt werden. Auch in ständiger Rechtsprechung für die vor Geltung des AGBG geschlossenen Verträge ist anerkannt, daß der Veräußerer sich hierdurch nicht seiner Haftung entledigen kann. Der BGH hat die Klausel so ausgelegt, daß sie nur zur Geltung komme, soweit sich der Kunde bei Dritten tatsächlich schadlos halten konnte. Der mißlungene Versuch des Erwerbers, den Schuldner der abgetretenen Forderung in

11) BGH 19.3.1975, NJW 1975, 1116, 1117

12) BGH 19.6.1980, NJW 1981, 219, 220

13) Soergel/Knopp § 157 RdNr. 112 f.; MünchKomm/Mayer-Maly § 157 RdNr. 38

Anspruch zu nehmen, ist danach (eine) Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht des Veräußerers¹⁴⁾. Diese Rechtsprechung hat dergestalt Eingang in das AGBG gefunden, daß die Gewährleistung nicht durch die "Einrede der Vorausklage" (§ 11 Nr. 10 a, dritter Fall) eingeschränkt werden darf.

Kann wegen dieser gesetzlichen Verankerung die Klausel derart reduziert werden, daß der Erwerber zunächst Schadloshaltung bei Dritten versuchen muß? Oder ist die ergänzende Vertragsauslegung durch Hinzufügen einer Einschränkung "soweit ohne gerichtliche Hilfe Ersatz von dritter Seite erlangt wird" der richtige Weg? M. E. ist die Klausel teilbar. Sie erfaßt mehrere Lebenssachverhalte, die losgelöst voneinander beurteilt werden können. Für den Fall, daß der Erwerber von den Schuldern des Veräußerers, ohne Klage zu erheben, Geld bekommt, ist der (Eigen)Haftungsausschluß wirksam.

Das Beispiel verdeutlicht die Wichtigkeit, die der Lückenfüllung vorgeschalteten Möglichkeiten auszuschöpfen.

(2) An einer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausfüllungsbedürftigen Regelung kann es auch beim Vorliegen dispositiven Rechts fehlen. Dabei gelten die bei der Darstellung des § 6 Abs. 2 vorgetragenen Überlegungen. Gemeint ist dort "passendes" Gesetzesrecht, das sinnvollerweise die Parteiinteressen ausgleicht, das Vertragsverhältnis ordnet.

Eine ausfüllungsbedürftige Lücke liegt (in Anlehnung an Mayer-Maly)¹⁵⁾ vor, wenn

14) BGH 11.10.1979, NJW 1980, 282, 283; 10.5.1979, NJW 1979, 2207, 2209 m.w.N.; 4.6.1981, BB 1982, 149, 150

15) MünchKomm/Mayer-Maly § 157 RdNr. 40

- sich auch das dispositive Gesetzesrecht als lückenhaft herausstellt und für die durch die Nichtigkeit der Klausel aufgeworfenen Fragen keine sachlich passende Regelung bereithält,
- aus dem Vertrag hervorgeht, daß die Beteiligten die abdingbare gesetzliche Regelung nicht wollten,
- die gesetzliche Regelung wegen unzutreffender Vorstellungen der Beteiligten zu gänzlich anderen Konsequenzen als den angestrebten führt,
- die konkrete rechtsgeschäftliche Regelung so stark von einem durchnormierten Akttyp abweicht, daß von der gesetzlichen Ordnung keine sachgerechten Lösungen zu erhoffen sind.

Das erlaubt folgende Faustregel: Je größer die Annäherung an einen gesetzlichen Vertragstyp, desto stärker ist das dispositive Recht heranzuziehen, je geringer die Annäherung, desto mehr greift die Vertragsergänzung gem. § 157 BGB ein¹⁶⁾.

b) Nach welcher Methode hat das Gericht nunmehr die Lücken zu füllen?

aa) Die Lückenfüllung hat nach dem hypothetischen Parteiwillen zu erfolgen¹⁷⁾.

Darunter ist nicht ein konkreter Wille zu verstehen, der im Wege psychologischer Willensforschung zu ermitteln wäre¹⁸⁾. Vielmehr handelt es sich um ein aus faktischen und normativen Elementen zusammengesetztes Kriterium. Danach wird der lückenhafte Vertrag als eine Art Normengefüge betrachtet, in dem sich die Bewertungsmaßstäbe der Parteien sowie Sinn und Zweck der Abrede niederschlagen haben. Der Richter hat dieses Gefüge nunmehr

16) Jauernig § 157 Anm. 2 b m.w.N.

17) BGH 14.10.1977, NJW 1978, 695; Soergel/Knopp § 157 RdNr. 118, 123

18) Erman/W. Hefermehl § 157 RdNr. 16

aus sich heraus nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte weiterzuentwickeln¹⁹⁾. Er muß die Wertungen der Parteien zu Ende denken²⁰⁾. Es ist unter Beachtung aller in Betracht kommenden Umstände zu untersuchen, wie die Beteiligten bei redlichem Verhalten den weggefallenen Punkt geregelt hätten, was im Hinblick auf den Vertragszweck, Treu und Glauben und Verkehrssitte vereinbart worden wäre. Im Mittelpunkt aller Vertragsergänzung steht das Gebot loyaler Zusammenarbeit unter den Vertragspartnern. Somit kann nicht der Wille einer Partei allein entscheidend sein.

Die Schranke bildet der erklärte Parteiwille. Dessen Korrektur ist unzulässig. Der tatsächlich geschlossene Vertrag darf weder abgeändert noch in seinem Gegenstand erweitert werden²¹⁾.

bb) Ergeben sich Besonderheiten, wenn Regelungslücken durch den Wegfall einzelner AGB-Klauseln entstehen?

Da AGB-Klauseln nicht ausgehandelt, sondern gestellt sind, ist eine Erforschung des tatsächlich von beiden Parteien Gewollten unmöglich. Doch auf das tatsächlich Gewollte kommt es bei der Ermittlung dessen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wäre ihnen die Nichtigkeit der Regelung bekannt gewesen, nicht an. Erforderlich ist eine normative Betrachtung. Sie kann auch dann erfolgen, wenn Vertragsinhalte einseitig "bestimmt" sind.

19) BGH 14.10.1977, NJW 1978, 695

20) MünchKomm/Mayer-Maly § 157 RdNr.41; Jauernig § 157 Anm. 2 c

21) Erman/W. Hefermehl § 157 RdNr. 21; Jauernig § 157 Anm. 2 b; BGH 25.6.1980, NJW 1980, 2347 m.w.N. und Anm. Gräfe NJW 1981, 48

(1) Erster Anknüpfungspunkt für die wertende Betrachtung ist der nach den §§ 9 - 11 zulässige Klauselinhalt. Insbesondere den Klauselkatalogen können Anregungen für die Lückenfüllung entnommen werden.

Die Rückführung auf das gesetzlich Erlaubte genügt den Verwenderinteressen in bestmöglichem Umfang.

Auch die Belange des AGB-Unterworfenen scheinen berücksichtigt worden zu sein. Seine Zustimmung läßt sich vermuten: Wer sich bereits im Einbeziehungsvertrag mit überzogenen unwirksamen Klauseln einverstanden erklärt, müßte es begrüßen, wenn diese zu seinen Gunsten so weit abgeschwächt werden, bis sie im Einklang mit dem AGBG stehen. Dadurch scheint sich die Position des anderen Vertragsteils erheblich zu verbessern.

Diese Argumentation verkennt, daß die Ursprungsklausel nie wirksam ein "Nullum" war und allenfalls faktische Bedeutung für das Vertragsverhältnis entfaltet hat. Wenn aber die Rechtsstellung des Kunden durch ein "Nullum" bestimmt worden ist, so verbessert sie sich nicht durch Ausschöpfen des maximal Zulässigen. Vielmehr wird die Rechtsstellung dadurch in dem größtmöglichen, wenn auch erlaubten Umfang ausgehöhlt.

Ferner: Das unterstellte Einverständnis bezieht sich nicht auf die konkrete Regelung zur Lückenfüllung. Vielmehr kennzeichnet es allgemein die Situation des Kunden, der möglicherweise hofft, durch das AGBG geschützt zu sein. Wenn sich der Kunde nunmehr gegen Klauseln wehrt, hat sich die Situation geändert. Zwar mag die duldende Zustimmung bei Vertragsschluß Vermutungen nahelegen, daß der Kunde in diesem Zeitpunkt auch andere Klauseln "geschluckt" hätte²²⁾. Nunmehr, im Prozeß, ist die Lage

22) Das mag für die Vertragsergänzung bei ursprünglich bestehender Lücke eine Rolle spielen.

jedoch anders. Es geht um die Folgen einer unwirksamen Regelung. Ein "Verwenderdiktat" gilt nicht mehr. Der Kunde ist wie im gesamten privatrechtlichen Vertragsrecht als gleichgestellter Partner zu sehen. Seine faktische Unterlegenheit bei Vertragsschluß ist beendet und darf nicht durch die Gerichte fortgesetzt werden.

Deshalb wird bei einer Abmilderung auf das gerade noch Zulässige keineswegs dem Gebot Genüge getan, die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Bei loyaler Zusammenarbeit hätten die Vertragspartner ein anderes Ergebnis erzielt.

(2) Die Parteien hätten zunächst an der Praxis der an Rechtsgeschäften dieser Art typischerweise beteiligten Wirtschaftskreise angeknüpft. Deshalb ist bei der Vertragsergänzung auf die "Natur des Vertrages" und das "von der Verkehrsauffassung geprägte Leitbild" einzugehen. Darin spiegeln sich die materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen für Verträge wider, bei denen dispositives Recht zur Lückenfüllung nicht zur Verfügung steht. Anders als bei den Klauselkatalogen, die für eine nicht faßbare Vielzahl von Verträgen konzipiert worden sind, ermöglicht die Beachtung der ursprünglich in § 6 Abs. 2 verankerten Kriterien einen redlichen Interessenausgleich.

Die Einbeziehung der Vertragsnatur und des Vertragsleitbildes in die ergänzende Vertragsauslegung gewährleistet, daß die Vorstellungen des Gesetzgebers berücksichtigt werden. Zugleich gelten damit die Maßstäbe, die das gesamte Vertragsrecht beherrschen, auch wenn im Einzelfall das durch die §§ 9 - 11 Erlaubte "voll ausgeschöpft" im Leitbild Niederschlag gefunden hat.

(3) Lückenfüllung durch Rückgriff auf Vertragsnatur und -leitbild versagt, soweit die Leitbilder den geregelten Fall nicht erfassen, es überhaupt (noch) keine gibt oder soweit bisher für wirksam gehaltene Regelungen in atypischen Vertragsgestaltungen erstmalig der Inhaltskontrolle unterliegen. Dieses Problem tritt auch bei ausgehandelten Verträgen auf, für die das Gesetz keine "Reserveordnung" vorsieht. Hier gilt es, losgelöst von der Verkehrssitte, die Parteiwertungen, das Vertragskonzept zu Ende zu denken, um Totalnichtigkeit gem. § 6 Abs. 3 zu verhindern. Dabei kann sich im Einzelfall herausstellen, daß es mit dem schlichten Wegfall des ausbedungenen Vorteils auf seiten des Verwenders sein Bewenden haben kann.

c) Die Zulässigkeit ergänzender Vertragsauslegung kann im AGB-Bereich unter Berücksichtigung von Wortlaut und Gesetzesgeschichte des § 6 Abs. 2 nicht abschließend beurteilt werden. Die neutrale Einstellung des Gesetzgebers sowie die unzureichende Rechtsfolgenregelung bei nichtigen Klauseln bedingen, daß ein abschließendes Urteil über die Zulässigkeit und den Anwendungsbereich erst aus der Zusammenschau aller Wertungskriterien und möglichen Rechtsfolgen erwächst. Auch an dieser Stelle ist darauf zu verweisen²³⁾.

3. Vertragsergänzung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage

Vereinzelte wird in der Diskussion über die Rechtsfolgen nichtiger Klauseln die Überlegung vorgetragen, nach den

23) Der BGH bejaht die Zulässigkeit, vgl. dazu 31.3.1982, WM 1982, 666, 668; 28.10.1981, WM 1981, 1378, 1381

Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage den Vertrag anzupassen²⁴⁾.

a) Vorausgegangen war diesen Überlegungen eine Klage des Berliner Verbraucherschutzvereins gegen einen Porsche-Händler. In dem Verfahren gem. § 13 ff. stellte der BGH die Unwirksamkeit der sogenannten Tagespreisklausel²⁵⁾ fest und untersagte die künftige Verwendung²⁶⁾.

Fast gleichzeitig hatte das OLG Stuttgart sich mit dieser Regelung zu befassen²⁷⁾. Der 12. Senat mußte über die Klage eines Mercedes-Käufers befinden, der die Unwirksamkeit zweier abgeschlossener Kaufverträge feststellen lassen wollte. Nach Ansicht des Klägers waren die Verträge nicht wirksam zustande gekommen, da es wegen der unzulässigen Tagespreisklausel an einer Einigung über einen wesentlichen Vertragspunkt, nämlich den Kaufpreis, fehle. Die Klage wurde abgewiesen. Das OLG sah die Beklagte als berechtigt an, den Kaufpreis zum Lieferzeitpunkt gemäß §§ 315, 316 BGB festzulegen. Hierbei handele es sich um die gesetzlichen Vorschriften, auf die § 6 Abs. 2 verweise.

Löwe lehnt diesen Weg ab, da er auf eine s. E. unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinauslaufe²⁸⁾. Er

24) Löwe BB 1982, 152, 154; DAR 1982, 34, 35

25) Die angegriffene Regelung in Abschnitt II Ziff. 2 der Neufahrzeug-Verkaufsbedingungen lautet:
"Preisänderungen sind nur zulässig, wenn zwischen Vertragsschluß und vereinbartem Liefertermin mehr als 4 Monate liegen; dann gilt der am Tag der Lieferung gültige Preis des Verkäufers ..."

26) 7.10.1981, WM 1982, 9 mit Erläuterung von Witte in JA 1982, 206

27) 24.11.1981, BB 1982, 149 mit Erläuterung von Witte in JA 1982, 199

28) BB 1982, 152, 153 f.

spricht sich ebenso gegen die Preisbestimmung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung aus, da gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 2 zur Verfügung stünden. Dazu gehörten das Richterrecht und das Gewohnheitsrecht und mithin auch die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage²⁹⁾.

Nun sei es Sache des Verkäufers (bei noch nicht abgewickelten Verträgen), darzutun und zu beweisen, daß und warum ihm ein Festhalten am ursprünglich vereinbarten Preis³⁰⁾ nicht zumutbar sei. Das habe unter voller Offenlegung seiner Preiskalkulation einschließlich der Gewinnmarge und unter Nachweis zwischenzeitlich eingetretener, nicht vorhersehbarer (?) Preissteigerungen zu geschehen.

Die Wertungen des BGH aufgreifend, stellt Löwe fest, daß der Verkäufer im Hinblick auf lange Lieferfristen ein berechtigtes Interesse habe, sich Preiserhöhungsmöglichkeiten vorzubehalten. Der Käufer sei sich solcher Entwicklungen bewußt, insbesondere dann, wenn bei der Bezifferung ausdrücklich darauf hingewiesen werde, daß es sich um den "derzeitigen" Preis handele. Insoweit dürfte einer Lückenfüllung, Preisfestlegung, nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nichts im Wege stehen.

29) a.a.O.; BB 1982, 698

30) Ob tatsächlich ein Preis vereinbart worden ist, wird in der Diskussion zumeist nicht geprüft. Zutreffend weist P. Ulmer darauf hin, daß nur bei mittleren Lieferfristen (4 Monate bis 1 Jahr) eine vertragliche Kaufpreisbestimmung ggf. unter Änderungsvorbehalt angenommen werden kann. Bei längeren Fristen ist der eingesetzte Kaufpreis zumeist bloße Rechnungsziffer und dem Verkäufer ein Preisbestimmungsrecht eingeräumt (vgl. BB 1982, 1125, 1128 ff.)

Dennoch verneint Löwe im konkreten Fall diese Möglichkeit, da der Verwender mit der Unwirksamkeit habe rechnen müssen. Das ergebe sich daraus, daß die Klausel bereits im Anmeldeverfahren vor dem Bundeskartellamt umstritten war³¹⁾, in der Literatur erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit geäußert worden waren und der BGH die Unwirksamkeit von Klauseln, die beliebige Preiserhöhungen zulassen, gem. §§ 9 - 11 dargetan hatte³²⁾. Wegen bewußter Risikoübernahme scheide eine Anpassung aus. Damit bleibt es Löwe zufolge beim ursprünglich "vereinbarten" Kaufpreis³³⁾.

b) Weder dem Ergebnis noch der Begründung vermag ich zuzustimmen. Allein der Gedanke der Risikoverteilung überzeugt. Doch auch sie hat Löwe im Hinblick auf die Stuttgarter Entscheidung nicht überzeugend begründet. Das Risiko der Unwirksamkeit der Tagespreisklausel war sicherlich seit dem Urteil über die vergleichbaren Preiserhöhungsklauseln beim Zeitschriftenabonnement vom Verwender zu tragen. Für die vor Bekanntwerden der Entscheidung³⁴⁾ abgeschlossenen Verträge - dazu zählen die

31) Das Bundeskartellamt hat die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen und Anhängern (Neuwagenverkaufsbedingungen)" am 27. Mai 1977 als angemeldete Konditionenempfehlungen iSd § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB des Zentralverbandes des Kraftfahrzeughandels, des Verbandes der Automobilindustrie und des Verbandes der Importeure von Kraftfahrzeugen bekanntgemacht, BAnz. Nr. 108 vom 14.6.1977, 6. Zur Praxis des Bundeskartellamts bei der Anmeldung von Konditionen mit Tagespreisklauseln vgl. Hennig/Jarre DB 1980, 1429

32) BGH 11.6.1980, NJW 1980, 2518 ("Zeitschriftenabonnement")

33) Dieses Ergebnis hat das LG Nürnberg/Fürth dazu veranlaßt, bei bereits abgewickelter Kaufvertrag einen bereicherungsrechtlichen Erstattungsanspruch im Umfang der Preiserhöhung zu gewähren, 27.1.1982, BB 1982, 456

34) Das Urteil vom 11.6.1980 ist im November 1980 in der NJW veröffentlicht worden. Darauf könnte nach dem Beschl. des BGH vom 20.12.1978 (NJW 1979, 877) abzustellen sein.

Mercedes-Kaufverträge aus dem Jahre 1978 - liegt die Risiko-zuordnung nicht so deutlich auf der Hand. P. Ulmer weist in seiner Stellungnahme zur Tagespreisklausel-entscheidung des BGH auf die wenig einheitlichen Literaturstimmen hin³⁵⁾ und stellt fest, daß das Bundeskartellamt trotz Widerspruchs der beteiligten Verbraucherverbände die Anmeldung der Tagespreisklausel als Konditionenempfehlung nicht abgelehnt hat.

Verneint man - mit P. Ulmer - ein Unwirksamkeitsrisiko beim Verwender, wird der Blick frei für dogmatische Bedenken:

Die Einordnung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage als dispositives Recht im Sinne des § 6 Abs. 2 und die Abgrenzung zur ergänzenden Vertragsauslegung überzeugen nicht. Das Verhältnis des Zumutbarkeitskriteriums zu § 6 Abs. 3 bedarf der Klärung ebenso wie die Frage, ob die angestrebte Vertragsanpassung generell geeignet ist, Lücken zu schließen. Möglicherweise handelt es sich bei der Tagespreisklausel um einen atypischen Fall, weil die Änderung der Hauptleistungspflicht einer Partei davon betroffen wird.

aa) Die beiden ersten Einwände beziehen sich nicht auf die Geschäftsgrundlageregeln als solche. Vielmehr geht es darum, das Institut rechtlich einzuordnen. Es gehört nicht zu den gesetzlichen Vorschriften im Sinne von § 6 Abs. 2. Wie dargelegt³⁶⁾, sind darunter nur diejenigen dispositiven Normen zu verstehen, die den Vertragsinhalt beim Auftreten von Lücken regeln, nicht aber Grundsätze und Methoden zur Verhinderung oder Beseitigung von Lücken³⁷⁾. Ebensowenig vermag die (verfehlte) Einordnung

35) BB 1982, 1125, 1131

36) S. o. 3. Kap. B. I. 5. c.

37) So auch Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 35

als Gesetzesrecht einen Vorrang vor den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu begründen. Denn konsequenterweise hätte dann auch die an § 157 BGB angelehnte ergänzende Vertragsauslegung als dispositives Recht gewertet werden müssen. Damit hätten beide Wege auf "gleicher Stufe" gestanden, und Löwe hätte begründen müssen, warum er die h. M. vom Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung ablehnt.

Die Priorität ergänzender Vertragsauslegung folgt aus der Definition der Geschäftsgrundlage. Dabei spielt es keine Rolle, ob man der vom BGH in Anknüpfung an Oertmann entwickelten subjektiven Formel folgt - danach wird die Geschäftsgrundlage gebildet "durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsabschluß zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut"³⁸⁾ - oder ob man die in der Literatur vertretenen Theorien, die "objektive" und "vermittelnde" für richtig hält. Diese erachten eine direkte Anknüpfung an die Parteivorstellungen für unnötig und messen die Beachtlichkeit von Veränderungen der (äußeren) Rahmen nach Inhalt, Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung des Vertrages³⁹⁾.

Nach allen Meinungen ist die Geschäftsgrundlage Grundlage, nicht aber Inhalt des Vertrages. Sie kann demzufolge erst Beachtung finden, wenn der Vertragsinhalt feststeht. Und deshalb ist zuerst ggf. durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln, ob sich nicht aus der Parteiabrede eine sachgerechte Lösung ergibt.

38) 23.10.1957, Z 25, 390, 392; 12.12.1963, NJW 1964, 861; 13.11.1975, NJW 1976, 565, 566; KG 26.3.1982, BB 1982, 944, 945

39) MünchKomm/Roth § 242 RdNr. 468 ff. m.w.N.

Die Anwendung der Geschäftsgrundlageregeln kommt mithin nur dann in Betracht, wenn vertragliche Anhaltspunkte keine Anpassung ermöglichen⁴⁰⁾. Das engt den Anwendungsbereich erheblich ein.

bb) Wichtiger als diese systematischen Überlegungen ist, zu bestimmen, was bei Nichtigkeit einer Klausel Geschäftsgrundlage ist. Verdeutlichen läßt sich die Problematik, wenn man den Gedankengängen des LG Nürnberg/Fürth (teilweise) folgt. In seinem Urteil vom 27. Januar 1982⁴¹⁾ betr. die Unwirksamkeit einer Tagespreisklausel hat es Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion, die Anwendung der §§ 316, 315 BGB sowie die Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung untersucht und abgelehnt. Zur Begründung dafür, daß auch die ergänzende Vertragsauslegung versage, wies die Kammer auf die vielfältigen Möglichkeiten einer rechtlichen Gestaltung hin. Es fehle an Anhaltspunkten dafür, wie die Parteien die Lücke geschlossen hätten: ob durch eine nach § 3 WährG genehmigungsfreie Kostenelementeklausel, die Einräumung eines Rücktrittsrechts für den Käufer, Festlegung eines bestimmten Prozentsatzes für die Erhöhung usw.⁴²⁾. Damit war der Weg für die Geschäftsgrundlageregeln frei⁴³⁾.

40) BGH 14.10.1977, NJW 1978, 695; Köhler JA 1979, 498, 500; Medicus, Festschrift Flume S. 629, 633 ff.; MünchKomm/Roth § 242 RdNr. 522 f.

41) BB 1982, 456

42) Der BGH hat in seinem Urteil vom 7.10.1981, WM 1982, 9 Wege angedeutet.

43) P. Ulmer hält den Hinweis auf die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten dann nicht für gangbar, wenn es (wie beim vom LG Nürnberg/Fürth zu entscheidenden Fall) um die ergänzende Auslegung bereits abgewickelter Fälle geht. Dann beschränke sich die Prüfung darauf, ob der tatsächlich berechnete, dem Listenpreis am Tag der Lieferung entsprechende Kaufpreis dem rechtlich relevanten Interesse beider Seiten Rechnung trage (BB 1982, 1125, 1131)

Was ist nun bei nichtiger Tagespreisklausel Geschäftsgrundlage?

(1) In Betracht kommt zunächst die allgemeinste, weitestgehende und auf alle AGB zutreffende Möglichkeit: Geschäftsgrundlage könnte der in der unwirksamen Regelung enthaltene Inhalt sein. Dieser spiegelt die bei Vertragsschluß vorhandenen gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien bzw. die dem Geschäftspartner erkennbaren und nicht beanstandeten Überlegungen des Vertragspartners wider: etwa die Möglichkeit der Preisanpassung, den Ausschluß der eigenen Haftung, das Setzen langer Nachlieferungsfristen usw. Je wichtiger die Klausel für den Verwender ist, desto wahrscheinlicher hat sie bei seiner Vertragskonzeption eine entscheidende Rolle gespielt. Wegen der Unwirksamkeit ist sie nicht Inhalt des Vertrages geworden. Sie könnte somit Geschäftsgrundlage sein.

(2) Deshalb ist nicht allein auf den Klauselinhalt abzustellen, sondern auf allgemeine Überlegungen, die jedoch durch den Klauselinhalt häufig gestützt werden. Dazu gehört beim gegenseitigen Vertrag regelmäßig die Vorstellung der Parteien von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung⁴⁴⁾. Auch die Tagespreisklausel drückt das aus. Denn sie soll dem Verwender ermöglichen, das durch Zeitablauf möglicherweise gefährdete Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung aufrechtzuerhalten⁴⁵⁾ (Äquivalenzstörung).

44) Vgl. nur Palandt/Heinrichs § 242 Anm. 6 D a mit Rechtsprechungsnachweisen

45) Vgl. Löwe BB 1982, 152, 154; demgegenüber verzichtet das LG Nürnberg/Fürth darauf, diesen Punkt herauszuarbeiten (vgl. BB 1982, 456, 457). Ebenso setzt auch Jung bei der Besprechung dieser Entscheidung erst bei der Risikobetrachtung an (BB 1982, 458)

Klauseln, die Sekundäransprüche betreffen, lassen sich den anerkannten Fallgruppen der Geschäftsgrundlagelchre schwieriger zuordnen. Haftungsausschlüsse z. B. sind für die Preisgestaltung von Bedeutung. Der BGH hat für Stromlieferungsverträge die grundsätzliche Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen bejaht, weil nur so der Strompreis im Interesse aller Kunden niedrig gehalten werden könne⁴⁶⁾.

Fraglich ist, ob jede Inanspruchnahme des Verwenders, die dieser durch seine AGB vergeblich auszuschließen versuchte, ein Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bedingt.

Eine Preisanpassung durch Geschäftsgrundlageregeln neutralisiert die durch Gewährleistungsregeln oder sonstige Sekundäransprüche eintretenden Belastungen. Das aber ist nicht Aufgabe dieses Instituts. Es bezweckt vielmehr, Primäransprüche bei Äquivalenzstörungen, allgemeiner wirtschaftlicher Not, Leistungserschwerung und gemeinschaftlichem Irrtum den veränderten Verhältnissen anzupassen oder aber durch Rückabwicklung Ungleichheiten zu beseitigen. Deshalb passen die Regeln allenfalls, wenn AGB Primäransprüche betreffen; im übrigen ist das Institut zur Lückenfüllung ungeeignet.

cc) Ist eine Störung der Geschäftsgrundlage gegeben, bedarf es der Risikobetrachtung. Bei der Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage geht es um die Risikoverteilung beim Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit. Dabei können Umstände des Risikobereichs nur einer Partei nicht berücksichtigt werden. Lediglich Störungen, die außerhalb des vertraglichen Risikobereichs des Verwenders liegen, berühren

46) 9.6.1959, NJW 1959, 1423, 1424; beachte die in § 23 Abs. 2 Nr. 2 enthaltenen Erleichterungen für Versorgungsunternehmen.

die Geschäftsgrundlage des Vertrages⁴⁷⁾.

Nach der nicht näher begründeten Ansicht des LG Nürnberg/Fürth⁴⁸⁾ fällt die Verwendung unzulässiger Klauseln grundsätzlich in den Risikobereich des Verwenders. Löwe sieht jedenfalls im Stellen von AGB, deren Nichtigkeit bekannt ist oder hätte bekannt sein können, eine bewußte Risikoübernahme⁴⁹⁾.

Richtig ist zunächst, daß Rechte, die der Verwender sich unzulässigerweise vorbehalten hat, nicht über die Geschäftsgrundlageregeln zugesprochen werden können. Daß der Verwender jedoch Rechte, die er zulässigerweise hätte vorbehalten können, verlieren soll, leuchtet nicht ein. Weder der Vertrag, noch der Vertragszweck, noch das dispositive Recht⁵⁰⁾ verlangen dieses.

Allein der Schutzzweck des AGBG und die allgemeinen Wertungen des Vertragsrechts könnten solch einschneidende Schritte fordern. Diese Aspekte spielen jedoch bei allen erörterten Rechtsfolgen eine Rolle. Da sie nicht speziell die Geschäftsgrundlageregeln betreffen, sollen sie in der nachfolgenden Betrachtung sämtlicher Wertungsgesichtspunkte aufgearbeitet werden. Dabei wird man m. E. dem Verwender, der sich um wirksame Klauseln bemüht, nicht das Risiko des Fehlschlags in vollem Umfang aufbürden können, sondern auch seine Interessen beachtende Rechtsfolgen zulassen müssen.

47) BGH 19.4.1978, NJW 1978, 2390, 2391; 25.5.1977, NJW 1977, 2262, 2263; 6.2.1978, WM 1978, 322; 1.6.1979, Z 74, 370, 373 m.w.N.

48) Urt. v. 27.1.1982, BB 1982, 456, 457

49) BB 1982, 152, 154; P. Ulmer berücksichtigt diesen Gedanken bei der von ihm befürworteten ergänzenden Vertragsauslegung (BB 1982, 1125, 1130)

50) Das sind die Kriterien, die bei der Risikoverteilung zu beachten sind - vgl. Palandt/Heinrichs § 242 Anm. 6 B d

dd) Sollte die Risikoverteilung trotz Nichtigkeit der Klauseln wegen der Bemühungen des Verwenders einer Anpassung nach Geschäftsgrundlageregeln nicht entgegenstehen, bedarf es der Zumutbarkeitsprüfung.

Das Festhalten am Vertrag muß dem Verwender unzumutbar sein. Eintretende Störungen der Geschäftsgrundlage außerhalb des vertraglichen Risikobereichs sind nur erheblich, wenn die vereinbarte Vertragserfüllung für die betroffene Partei zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führt⁵¹⁾.

Wegen dieser Zumutbarkeitsvoraussetzung könnte die ebenfalls auf die Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag abstellende Regelung des § 6 Abs. 3 als Spezialvorschrift die allgemeinen Grundsätze der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängen⁵²⁾.

Löwe sieht derartige Probleme nicht, weil § 6 Abs. 3 nur den Fall einer Unzumutbarkeit nach Lückenfüllung gem. § 6 Abs. 2 regelt⁵³⁾. Das überzeugt von Löwes Ansatzpunkt her nicht. Denn nach seiner Meinung gehört die Geschäftsgrundlagelehre zu den gesetzlichen Vorschriften des § 6 Abs. 2. Ihr gebührt folglich als Richter- bzw. Gewohnheitsrecht der Vorrang vor § 6 Abs. 3. Dann aber erweist sich Abs. 3 als überflüssig. Denn es sind kaum Fälle denkbar, in denen nach Vertragsanpassung unter Beachtung

51) BGH 11.7.1958, NJW 1958, 1772, 1773 m.w.N.; 1.10.1975, WM 1975, 1131, 1132 m.w.N.; Palandt/Heinrichs § 242 Anm. 6 B c; Jauernig/Vollkommer § 242 Anm. V 3 f.; MinchKomm/Roth § 242 RdNr. 467, 490 mit Nachweisen zu der teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung, daß es sich nicht um ein Tatbestandsmerkmal handle, sondern bei der Rechtsfolgenbestimmung zu beachten sei.

52) So P. Ulmer BB 1982, 1125, 1130; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 42; vgl. auch Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 6

53) BB 1982, 152, 154

der Zumutbarkeitsvoraussetzung unzumutbare Regelungen im Sinne des § 6 Abs. 3 erfolgen⁵⁴⁾.

Dennoch verdient Löwes Beschreibung des Verhältnisses von Abs. 3 zu Abs. 2 des § 6 Zustimmung. Die Geschäftsgrundlageregeln gehören nicht zu den von § 6 Abs. 2 erfaßten Normen und unterliegen daher nicht der Kontrolle des Abs. 3. Wer dennoch den in § 6 Abs. 3 enthaltenen Schutzgedanken auf die verschiedenen Methoden der Lückenfüllung anwendet, vermag das mit Analogieüberlegungen nur dort, wo das Institut lückenhaft ist und die Zumutbarkeitsfrage nicht bereits selbst stellt⁵⁵⁾.

Deshalb steht § 6 Abs. 3 einer Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht entgegen.

ee) Innerhalb des Zumutbarkeitkriteriums oder als allgemeine Einschränkung einer Risikoverlagerung nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlageregeln⁵⁶⁾ wird auf die Vorhersehbarkeit tatsächlicher Gegebenheiten oder zukünftiger Entwicklungen abgestellt. Anpassung entfällt, wenn die Parteien Änderungen der Umstände vorhergesehen haben⁵⁷⁾ oder absehen konnten⁵⁸⁾.

54) Darauf weist P. Ulmer zu Recht hin, BB 1982, 1125, 1130

55) Das verkennt P. Ulmer in seiner Kritik an Löwe, die jedoch primär darauf zielt, daß die Geschäftsgrundlageregeln nicht § 6 Abs. 2 zuzuordnen seien (BB 1982, 1125, 1130). Vgl. auch Dietlein/Rebmann, der darauf hinweist, daß bei Abs. 3 teilweise Gesichtspunkte verwertbar sind, die im Zusammenhang mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt worden sind (§ 6 RdNr. 6 m.w.N.)

56) Zur Einordnung vgl. MünchKomm/Roth § 242 RdNr. 491

57) Vgl. BGH 31.1.1969, DB 1969, 833; P. Ulmer AcP 1974 (Bd. 174) 167, 185 ff. m.w.N.

58) RG 6.1.1923, Z 106, 7, 9 f.; BGH 23.5.1951, Z 2, 176, 188

Damit scheidet bei nichtigen Klauseln eine Lückenfüllung nach Geschäftsgrundlageregeln regelmäßig aus. Denn die Tatsache, daß eine (wenn auch unwirksame) Regelung im AGB-Werk enthalten ist, zeigt, daß bestimmte Gegebenheiten eingeplant oder als möglich angesehen wurden. Erst wenn sich die Umstände drastischer als erwartet ändern, liegt u. U. Nichtvorhersehbarkeit vor⁵⁹⁾.

Regelmäßig wird jedoch keine Entwicklung stattfinden, die über den (unwirksamen) Klauselinhalt hinausgeht. So haben der Porsche-Händler und die Daimler-Benz-AG mit steigenden Listenpreisen gerechnet. Die Tagespreisklausel war so formuliert, daß sie auch überdurchschnittliche Preiserhöhungen hätte erfassen können⁶⁰⁾.

Damit passen die Geschäftsgrundlageregeln auch bei den Primäransprüchen wegen der Vorhersehbarkeit der tatsächlichen Gegebenheiten oder künftigen Entwicklungen zu-
meist nicht.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfolgenbestimmung bei unwirksamen Wertsicherungsklauseln.

Der BGH geht dabei folgenden Weg: Er prüft, ob unter Berücksichtigung des objektiven Vertragszwecks angenommen werden kann, daß die Parteien, um den Vertrag abzuschließen oder durchführen zu können, eine andere genehmigungsfreie Wertsicherungsklausel gewählt hätten. Dann gelte

59) Das rechtfertigt etwa auch die Anpassung bei unzureichenden Wertsicherungsklauseln, vgl. LG Lübeck 26.8.1975, NJW 1976, 427 mit Anm. H. Hartmann, NJW 1976, 428

60) Löwe, BB 1982, 152, 154

diese als von Anfang an vereinbart⁶¹⁾. Mittels ergänzender Vertragsauslegung füllt er so die Lücken, nicht durch Rückgriff auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

IV. Rechtslage bei einer im abstrakten Kontrollverfahren festgestellten Unwirksamkeit von Klauseln

Zulässige Wege zur Lückenverhinderung und -beseitigung müssen die Rechtsfolgen erfolgreicher Verbandsklagen beachten. Das ergibt sich zunächst aus § 21 S. 1. Im Wege der Einrede wirken sich diese Urteile auf Individualverfahren aus. Auch die Tatsache einer vom Einzelfall losgelösten Klauselkontrollmöglichkeit kann Einfluß auf die Rechtsfolgengestaltung haben.

Andererseits gilt: Urteile, die bei abstrakter Klauselkontrolle das aufgezeigte Instrumentarium der Rechtsfolgenbestimmung im Einzelverfahren unbeachtet lassen, müssen ggf. erst "übersetzt" werden für ihre Anwendung im Rahmen des § 21. Deshalb mag es angebracht sein, die Ergebnisse beider Verfahren aufeinander abzustimmen.

61) 30.10.1974, Z 63, 132, 136 m.w.N. In einer früheren Entscheidung hatte der BGH die Verpflichtung zur Einwilligung in eine rückwirkende Vertragsänderung bejaht (25.1.1967, NJW 1967, 830).

1. Der Inhalt der Urteilsformel gem. § 17

Gewisse Vorgaben für den Tenor hat der Gesetzgeber in § 17 verankert¹⁾.

Die beanstandeten Bestimmungen sind im Wortlaut in die Urteilsformel aufzunehmen (Nr. 1). Die Rechtsgeschäfte, für die die beanstandeten Klauseln "nicht verwendet werden dürfen", müssen benannt werden (Nr. 2). Gegenüber dem beklagten Verwender ist das Gebot auszusprechen, die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in die AGB zu unterlassen (Nr. 3).

§ 17 ist redaktionell mißlungen. Gesetzgeberische Nachlässigkeit vergaß Urteile gegen den Empfehler²⁾.

§ 17 Nr. 4 schreibt vor, daß die Urteilsformel bei zusprechendem Widerrufsurteil dem Empfehler die konkrete Art der Bekanntmachung zu gebieten hat.

Die Bedeutung, die dieser Urteilsformel zukommt, ergibt sich aus weiteren Regelungen des Kontrollverfahrens.

-
- 1) Die Regelung gilt, wie der Wortlaut klar erkennen läßt, nur für (zumindest teilweise) zusprechende Urteile, nicht aber bei völliger Klageabweisung, vgl. Gaul, Festschrift Beitzke S. 997, 1030
 - 2) Da die Nr. 1 - 3 nur Selbstverständliches beinhalten, gelten sie auch in diesen Fällen; vgl. Erman/O. Werner § 17 AGBG RdNr. 3, 4; MünchKomm/Gerlach § 17 AGBG RdNr. 3; Koch/Stübing § 17 RdNr. 5; Stein § 17 RdNr. 2; Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr. 3; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 17 RdNr. 16; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 17 RdNr. 2; Staudinger/Schlosser § 17 AGBG RdNr. 3

2. Veröffentlichungsbefugnis und Registrierungspflicht

In Anlehnung an § 23 Abs. 2 UWG bestimmt § 18, daß dem Kläger bei einer erfolgreichen Unterlassungs- oder Widerrufsklage auf Antrag die Befugnis zugesprochen werden kann, die Urteilsformel mit Bezeichnung des verurteilten Verwenders oder Empfehlers auf Kosten des Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten, bekanntzumachen.

Das Bundeskartellamt führt ein Register über alle Kontrollverfahren gem. § 13 ff. Die Gerichte haben von Amts wegen Anhängigkeit und Erledigung von Klagen mitzuteilen. § 20 Abs. 4 berechtigt jedermann, Auskunft über bestehende Eintragungen zu verlangen. Sie soll einmal die umfassende Unterrichtung der klagebefugten Verbände und Kammern ermöglichen, die sich beim Vorgehen gegen (andere) Verwender und Empfehler von einschlägigen Entscheidungen leiten lassen und so eine noch größere Breitenwirkung bestehender Urteile herbeiführen können. Zum anderen können einzelne Kunden sich - insbesondere wegen der Einredemöglichkeit gem. § 21 S. 1 - darüber informieren, ob ihr Vertragspartner zur Unterlassung bestimmter Klauseln verurteilt worden ist. Schließlich steht auch den Gerichten bei der Prüfung entscheidungserheblicher AGB und Verwendern und Empfehlern im Hinblick auf die Abfassung von Klauselwerken diese Informationsquelle offen. Dabei erlangt der Urteilstenor wiederum besondere Bedeutung.

Gem. § 20 Abs. 4 Nr. 2 c ist die Urteilsformel Auskunftsgegenstand, nicht das gesamte gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 dem Bundeskartellamt mitgeteilte Urteil. Eine Urteilsabschrift können Dritte bei berechtigtem Interesse allenfalls gem. § 299 Abs. 2 ZPO verlangen³⁾. Daß dadurch

3) Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 20 RdNr. 11; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 20 RdNr. 12; MünchKomm/ Gerlach § 20 AGBG RdNr. 5; Palandt/Heinrichs § 20 AGBG Anm. 2

der Auskunftswert erheblich eingeschränkt wird und der Fassung der Urteilsformel ein noch größeres Gewicht zukommt, bedarf keiner weiteren Begründung. Trotz dieser Einschränkungen könnte die Registrierung mittelbar zu einem effektiven Kontrollinstrument des Gesetzes werden mit großer faktischer Breitenwirkung⁴⁾.

3. Wirkungen des Urteils

a) Die rechtliche Breitenwirkung ist durch § 21 festgeschrieben. Vertragspartner des gem. § 13 zur Unterlassung verurteilten Verwenders können sich im Individualprozeß auf das Urteil⁵⁾ berufen. Dabei ist die Parteirolle ohne Bedeutung. Das Gericht muß ohne eigene Sachprüfung von der Unwirksamkeit der Klausel ausgehen⁶⁾

4) Stein § 20 RdNr. 1; zur tatsächlichen Entwicklung vgl.: Creutzig NJW 1979, 20; BB 1979, 151; P. Ulmer BB 1982, 584, 586, 588; Bunte BB 1980, 325

5) Dazu reichen nach h. M. auch ein Versäumnis- und ein Anerkenntnisurteil gegen den Verwender aus, denn er soll nicht durch Säumnis oder Anerkenntnis die Wirkung des § 21 unterlaufen können, vgl. Erman/O. Werner § 21 AGBG RdNr. 3; Koch/Stübing § 21 RdNr. 10; Ulmer/Brandner/Hensen § 21 RdNr. 4; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 21 RdNr. 13; Palandt/Heinrichs § 21 AGBG Anm. 3 a. Gleiches muß im Ergebnis für einen Vergleich gelten. Zwar erwachsen Prozeß- und außergerichtlicher Vergleich nicht in Rechtskraft und können damit nicht der Rechtskraftwirkung des § 21 unterliegen. Doch kann gem. § 328 BGB ihnen die Wirkung zukommen, daß sich auch die Parteien der abredewidrig geschlossenen Verträge auf den Vergleich berufen dürfen, Palandt/Heinrichs § 21 AGBG Anm. 3 a; Erman/O. Werner § 21 AGBG RdNr. 4. Dagegen reicht der im Verfahren der einstweiligen Verfügung ergangene Beschluß nicht aus, vgl. Erman/O. Werner § 21 AGBG RdNr. 4; Koch/Stübing § 21 RdNr. 13; Palandt/Heinrichs § 21 AGBG Anm. 3 a; OLG Düsseldorf 10.7.1978, NJW 1978, 2512, 2513

6) Einzelheiten bei Reinel S. 75 ff.; Gaul, Festschrift Beitzke S. 997, 1025 ff., insbes. S. 1035 ff.

und lediglich feststellen, ob ein rechtskräftiges⁷⁾ Urteil vorliegt und der Verwender diesem zuwiderhandelt. Das Unterlassungsgebot muß zunächst die im konkreten Fall vorliegende Art von Rechtsgeschäften betreffen. Zum anderen muß dieselbe oder eine inhaltsgleiche Klausel vorliegen.

§ 21 erfaßt alle Verträge, die der Verwender nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils unter Einbeziehung der verworfenen bzw. einer entsprechenden Klausel abgeschlossen hat. Denn aufgrund des Unterlassungsgebotes (§ 17 Nr. 3) dürfen keine neuen Verträge die beanstandete Bestimmung (§ 17 Nr. 1) enthalten⁸⁾.

Löwe und Schlosser sowie der ihnen folgende BGH gehen einen Schritt weiter. Sie sehen von dem Unterlassungsgebot auch bereits abgeschlossene, jedoch noch nicht abgewickelte Verträge erfaßt⁹⁾. Der Verwender dürfe sich bei ihrer Durchführung nicht mehr auf die verworfene Klausel berufen.

-
- 7) h. M.: Koch/Stübing § 21 RdNr. 12; Erman/O. Werner § 21 AGBG RdNr. 5; MinchKomm/Gerlach § 21 AGBG RdNr. 5; Gaul Festschrift Beitzke S. 997, 1038; Ulmer/Brandner/Hensen § 21 RdNr. 4 m.w.N. Auch der Zweite Teilbericht (S. 48) und der Rechtsausschuß (zu § 21, BT-Drucks. 5422 S. 13) verlangten Rechtskraft.
a. A. Dietlein/Rebmann § 21 RdNr. 2. Rebmann spricht zwar zunächst von Rechtskrafterstreckung, läßt dann aber Vollstreckbarkeit ausreichen.
- 8) Ein Zuwiderhandeln wird teilweise auch dann bejaht, wenn die Verträge nach Erlaß des Urteils, aber noch vor Rechtskraft zustande gekommen sind; vgl. Koch/Stübing § 21 RdNr. 14; Dietlein/Rebmann § 21 RdNr. 2
- 9) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 21 RdNr. 21, § 17 RdNr. 33; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 21 RdNr. 6 und § 13 RdNr. 35; Staudinger/Schlosser § 13 AGBG RdNr. 29; BGH 11.2.1981, NJW 1981, 1511; a. A. das zugrundeliegende KG-Urteil v. 4.7.1979, WM 1979, 1367, 1368

Ich halte diese mit Sinn und Zweck des abstrakten Kontrollverfahrens begründete Ansicht für falsch. Aus den Verbandsklagen gem. §§ 13 ff. würden Sammelverfahren für Altverträge. Es ginge immer weniger darum, künftige Verträge von unangemessenen Klauseln freizuhalten. Zudem ergeben sich negative prozeßökonomische Konsequenzen: Der Verwender wird sich nicht mit untergerichtlichen Entscheidungen zufrieden geben können.

Die unterschiedlichen Ansichten zum Umfang der Urteilswirkungen haben m. E. keine Konsequenzen für die Rechtsfolgenbestimmung im Individualverfahren. Der BGH gelangt durch die Einbeziehung der Altverträge nur dazu, daß die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht auf Basis der angegriffenen Klausel abzuwickeln sind. Zu diesem Ergebnis kann das Gericht auch im konkreten Einzelverfahren bei eigener, die höchststrichterliche Rechtsprechung beachtender Beurteilung der Angemessenheit der AGB gelangen.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem in einem Halbsatz enthaltenen Hinweis des BGH¹⁰⁾, der Verwender könne lediglich nach Maßgabe des dispositiven Rechts (§ 6 Abs. 2) vorgehen. Denn die Anwendung von § 6 Abs. 2 entwickelt der BGH nicht aus den Besonderheiten des abstrakten Klauselverfahrens. Es geht allein darum, den Verwender unwirksamer Klauseln auf die allgemeinen, bei nichtigen AGB geltenden Regelungen hinzuweisen.

b) Weiterreichende Pflichten entfaltet das Unterlassungsgebot im Vergleich zu anderen Unterlassungsurteilen nicht. Nur ausnahmsweise sind Handlungen geboten. Ein AGB-Ausgang mit unzulässigen Klauseln ist zu beseitigen¹¹⁾.

10) NJW 1981, 1511, 1512 r. Sp.

11) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 13 RdNr. 35

Dagegen wird vom Verwender nicht verlangt, bereits abgewickelte Verträge rückabzuwickeln oder den Vertragspartner von sich aus vorsorglich auf die Unangemessenheit der Vertragsklausel aufmerksam zu machen¹²⁾. Aus dem besonders geregelten Widerrufsanspruch gegen den Empfehler wird deutlich, daß im Unterlassungsgebot ein Beseitigungsanspruch nicht enthalten ist. Ansonsten hätte es einer besonderen Regelung (für den Empfehler) nicht bedurft¹³⁾.

4. Auswirkungen der Unwirksamkeit im einzelnen

Dem Überblick über die Urteilsformel, das Veröffentlichungsrecht und die Registrierungspflicht sowie die in § 21 enthaltene Rechtskrafterstreckung muß eine ins einzelne gehende Darstellung der Unwirksamkeitsauswirkungen folgen. Das ergibt sich auch aufgrund der in der Literatur erörterten Möglichkeit, den Individualprozeß bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verbandsklage auszusetzen¹⁴⁾.

Insbesondere bedarf es der Erörterung, ob Teilunwirksamkeit oder geltungserhaltende Reduktion den Inhalt des Tenors im abstrakten Kontrollverfahren beeinflussen. Darf das Gericht die Klausel einschränken oder abändern? Kann es infolgedessen einen Teilerfolg der Klage geben? Muß dementsprechend der Kläger, um teilweises Unterliegen zu vermeiden, den Klageantrag einschränken und nur bestimmte Klauselteile beanstanden?

12) So auch der BGH im vorgenannten Urteil, WM 1981, 379, 380

13) KG 4.7.1979, WM 1979, 1367, 1368

14) Vgl. bejahend: Koch/Stübing § 21 RdNr. 19; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 15 RdNr. 10; Staudinger/Schlosser § 15 AGBG RdNr. 11; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 21 RdNr. 27; a. A. Ulmer/Brandner/Hensen § 15 RdNr. 23

Des weiteren ist zu überlegen, ob in den Urteilsgründen die für zulässig erachtete Klauselformel niedergelegt, zumindest aber angedeutet werden darf. Fällt dem BGH die Aufgabe zu, Orientierungshilfen für zulässige Wertungen zu geben?

a) Unproblematisch sind Einschränkungen im Hinblick auf die Art der Rechtsgeschäfte (§ 17 Nr. 2). Geht der Klageantrag hier zu weit, ist die Klage mit dem überschießenden Teil abzuweisen¹⁵⁾. Im Urteilstenor sind allein die Arten der Rechtsgeschäfte zu nennen, bezüglich derer die angegriffene Klausel nichtig ist. Im übrigen hat der Kläger zuviel gefordert. Er obsiegt nur teilweise mit der Kostenfolge von § 92 Abs. 1 ZPO.

Bei Auflistung der Rechtsgeschäfte ergeben sich keine Schwierigkeiten, wenn der Kläger gem. § 15 Abs. 2 Nr. 2 seinen Klageantrag konkretisiert und im einzelnen aufgezählt hat, bei welchen Vertragstypen (Kaufvertrag, Mietvertrag), Leistungsgegenständen (Reparatur von Kraftfahrzeugen, Elektrogeräten), Handelsstufen (Zwischenhändler, Endabnehmer), Branchen (Gebrauchtwarenhandel, Touristikunternehmen) oder Personengruppen das Unterlassungsgebot gelten soll. Es reicht dann aus, diejenigen Geschäftsarten zu streichen, bei denen ein Verstoß der Klausel gegen die §§ 9 - 11 verneint wird.

Schwieriger wird es, wenn der Kläger die Klausel im Hinblick auf sämtliche Rechtsgeschäfte des Verwenders

15) MinchKomm/Gerlach § 15. AGBG RdNr. 5 (als unzulässig wegen insoweit fehlender Prozeßführungsbefugnis); Koch/Stübing § 15 RdNr. 2 (Abweisung als unbegründet, da erst nach materieller Prüfung feststehe, daß die Klausel bei bestimmten Geschäften unzulässig sei); Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr. 21; Schlösser/Coester-Waltjen/Graba § 17 RdNr. 6

für nichtig hält und Unterlassung usw. "für alle Arten von Rechtsgeschäften" beantragt¹⁶⁾.

Sind nach Meinung des Gerichts die angegriffenen Bedingungen für einzelne Rechtsgeschäfte wirksam, muß es im einzelnen die Arten der Rechtsgeschäfte herausarbeiten, die die Klauseln nicht verwenden dürfen. So kann es das Unterlassungs- (und ggf. Widerrufs-)gebot etwa nur für den kaufmännischen Bereich oder Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen aussprechen. Möglich ist auch ein allgemeines Verbot mit einer Aufzählung von Ausnahmefällen: "sofern nicht die Klausel gegenüber einem Kaufmann im Rahmen eines Handelsgeschäfts verwendet wird". Das schafft hinreichend Klarheit¹⁷⁾.

Bei solcher Reduzierung der Rechtsgeschäfte, dem quantitativ weniger Zusprechen als beantragt worden ist, wird auch § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO beachtet.

Nach dieser Regelung darf das Gericht qualitativ nichts anderes, quantitativ nicht mehr, wohl aber weniger als gefordert zusprechen¹⁸⁾.

Wertungsprobleme bei Teilbarkeit, geltungserhaltender Reduktion usw. stellen sich hier nicht. Insbesondere besteht die Gefahr der Täuschung und Überrumpelung des AGB-Unterworfenen nicht. Denn die Angabe der Rechtsgeschäfte gem. § 15 Abs. 2 Nr. 2 richtet sich nur an das Gericht und den beklagten Verwender. Dritte werden erst durch das Urteil (über § 21) betroffen. Deshalb fordert der

16) MünchKomm/Gerlach § 15 AGBG RdNr. 5; Stein § 15 RdNr. 15; Erman/O. Werner § 15 AGBG RdNr. 3

17) Koch/Stübing § 15 RdNr. 2; Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr. 21; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 17 RdNr. 6; Staudinger/Schlosser § 17 AGBG RdNr. 7

18) Zöller/Vollkommer § 308 Anm. II 1; Thomas/Putzo § 308 Anm. 1 b, c; Baumbach/Hartmann § 308 Anm. 1 B

Schutzzweck des AGBG nicht, die Klage abzuweisen, falls zu viele Rechtsgeschäfte aufgeführt sind. Es besteht die Möglichkeit teilweisen Obsiegens. Die Klagebefugten können - ohne die Gefahr des vollständigen Unterliegens - für eine Vielzahl von Geschäften das Verfahren nach §§ 13 ff. einleiten.

b) Gelten diese Überlegungen auch für die angegriffene Klausel? Darf das Gericht vom (vollständigen) Wortlaut der beanstandeten AGB (§ 15 Abs. 2 Nr. 1) abweichen und in gleicher Weise Teilungen vornehmen?

aa) Unproblematisch ist das teilweise Stattgeben einer Klage, soweit mehrere Klauseln angegriffen werden und nur einige unwirksam sind. Wegen der übrigen angemessenen Bedingungen ist die Klage mit der Kostenfolge des § 92 ZPO abzuweisen. Schwierigkeiten können allein beim Feststellen einer "eigenständigen" Klausel auftauchen. Das wiederum ist keine für die Verbandsklage spezifische Problematik. Wie bei der Inzident-Kontrolle macht es auch im Rahmen der §§ 13 ff. keinen Unterschied, ob die Regelungen voneinander getrennt, durch Paragraphen, Nummern, Buchstaben oder Absätze deutlich als einzelne Klauseln gekennzeichnet sind oder ob sie sprachlich in einem Satz mit anderen (ihrerseits unwirksamen) Regelungen zusammengefaßt stehen. Entscheidend ist nicht die formale Anordnung, sondern die inhaltliche Seite¹⁹⁾.

bb) Darf auch eine "eigenständige" Klausel aufgeteilt werden? Die Möglichkeit der Teilung ist ebenso wie im Individualverfahren gegeben. Sie besteht bei generellen,

19) BGH 7.10.1981, WM 1981, 1354, 1355, 1357; bestätigt durch das Urt. v. 7.6.1982, WM 1982, 869, 871; vgl. auch BGH 9.7.1981, WM 1981, 1131, 1134 f.

zu weit gefaßten und undifferenzierten Klauselinhalten. Doch ist eine Aufteilung bei abstrakter Klauselkontrolle überhaupt notwendig?

Gegen eine solche Notwendigkeit scheint zu sprechen, daß es nicht um die Entscheidung eines Einzelfalls geht, für den der unwirksam bleibende Klauselrest entscheidungserheblich sein könnte. Andererseits interessiert den Verwender, den Kläger, den Kunden und letztlich die Öffentlichkeit, ob die Bedingung nur in der vorliegenden Form oder in sämtlichen Bestandteilen mit den §§ 9 - 11 unvereinbar ist.

(1) Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Lehre setzt die teilweise der völligen Unwirksamkeit gleich²⁰⁾.

Die teilweise unwirksame Klausel verstoße in der dem Gericht vorliegenden Form gegen die §§ 9 - 11 und sei aus dem Klauselwerk zu streichen. Auch von ihr gehe eine Beeinträchtigung aus, die durch das abstrakte Kontrollverfahren verhindert werden solle²¹⁾. Mit dem Zweck der §§ 13 ff., den Rechtsverkehr von unwirksamen Klauseln freizuhalten, lasse es sich nicht vereinbaren, dem Verwender das Nichtigkeitsrisiko nur teilweise gesetzwidriger Bestimmungen abzunehmen. Andernfalls nehme man dem Gesetz weitgehend seine vorbeugende Wirkung²²⁾. Weiterhin

20) OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129; LG Düsseldorf 1.8.1979, BB 1979, 1632, 1633; OLG Frankfurt 11.9.1980, ZIP 1981, 70, 71; 7.1.1981, DB 1981, 948; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Anm. 2 b; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 15 RdNr. 4; OLG Karlsruhe 17.1.1980, NJW 1981, 405, 407; LG Heilbronn 18.10.1979, BB 1980, 177

21) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 15 RdNr. 4; OLG Karlsruhe 17.1.1980, NJW 1981, 405, 407

22) OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129

sei es nicht Sache des Klägers oder Aufgabe des Gerichts, den wirksamen Teil herauszufinden und dem Verwender oder Empfänger die angemessene Ausgestaltung seiner AGB abzunehmen²³⁾.

(2) Befürworter der Teilbarkeit²⁴⁾ meinen, daß eine Totalverwerfung die Rechtsklarheit schaffende Wirkung von Urteilen außer acht lasse, die "in die Klausel gehen". Denn dabei bleibe hinsichtlich der selbständig erhaltungsfähigen Teilformulierungen offen, in welcher Kombination der mitverworfenen "gute Rest" nicht doch Bestand haben könne²⁵⁾. E. Schmidt weist ferner darauf hin, daß auch die Funktion des Urteilsregisters (§ 20) eingeschränkt werde. Es könne seine Aufgabe nicht mehr erfüllen, darüber Auskunft zu geben, was nirgendwo in AGB stehen dürfe. Vielmehr gäbe es nur noch an, was so nicht erlaubt sei.

(3) Argumentationshilfen und Lösungsmöglichkeiten zur Klärung der Teilbarkeitsfrage geben möglicherweise die Überlegungen zur geltungserhaltenden Reduktion.

Hensen schlägt vor, im Urteilstenor zunächst das Gebot auszusprechen, die beanstandete Klausel nicht mehr zu verwenden. Dadurch werde das Obsiegen des Klägers festgestellt. Alsdann könnte das Verbot durch den Zusatz eingeschränkt werden: "oder nur noch in folgender Fassung

23) MünchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 181; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 15 RdNr. 4; OLG Düsseldorf 26.11.1981, DB 1982, 220; 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129; OLG Köln 11.7.1979, AGBE I § 11 Nr. 1, Nr. 5

24) E. Schmidt JA 1980, 401, 405; Erman/O. Werner § 13 AGBG RdNr. 27; vgl. auch J. Johannson DB 1981, 732 734, der jedoch Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion vermennt. Der BGH (7.6.1982, WM 1982, 869, 871) deutet Zulässigkeit bei vorformulierter Teilbarkeit an.

25) E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp.

zu verwenden"²⁶⁾. Wegen des Obsiegens in der Hauptsache sei die Kostenentscheidung dem § 91 ZPO zu entnehmen. Gleichzeitig bestehe für den Kläger die Möglichkeit zur Anfechtung des Urteils. Denn er könnte der Ansicht sein, daß auch die eingeschränkte Fassung gegen die §§ 9 - 11 verstoße²⁷⁾.

Ferner wird vorgeschlagen und von Gerichten z. T. praktiziert, in den Entscheidungsgründen gewisse Formulierungshilfen und Orientierungspunkte für zulässige Wertungen zu geben²⁸⁾. Dadurch könnte der präjudiziellen Kraft der BGH-Rechtsprechung entsprochen werden.

(4) Was ist unter Berücksichtigung dieser Vorschläge zur Zulässigkeit der Teilbarkeit bei abstrakter Klauselkontrolle gem. §§ 13 ff. zu sagen?

(a) Der Stellungnahme vorausgeschickt sei der (wiederholende) Hinweis, daß der Kläger Unterlassung auch hinsichtlich von Klauselteilen verlangen darf²⁹⁾. Er kann durch entsprechende Formulierung des Klageantrags den Klagegegenstand auf diese begrenzen. Derartige Beschränkungen stehen nicht im Widerspruch zu § 15 Abs. 2 Nr. 1. Denn einmal wird darin allein gefordert, den Wortlaut der beanstandeten Bestimmung niederzulegen. Was beanstandet wird, ist Sache des Klägers. Er ist nicht an die formalen Vorgaben des Beklagten gebunden, etwa dergestalt,

26) Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr.16

27) Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr. 17

28) Koch/Stübing § 17 RdNr. 4; BGH 11.6.1980, ZIP 1980, 765; 7.10.1981, BB 1982, 165; 10.12.1980, WM 1981, 244 mit Erläuterungen von Witte JA 1981, 354; OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129 r. Sp.; LG Düsseldorf 11.8.1979, BB 1979, 1632, 1633

29) Vgl. dazu BGH 23.4.1980, Z 77, 79, 80, wo der Kläger die Klausel insoweit angegriffen hatte, als in ihr nicht zum Ausdruck kam ...

daß die Einteilung des Klauselwerks übernommen werden müßte oder nur vollständige Regelungsbereiche zur Überprüfung gestellt werden dürften.

Zum zweiten ist auch dann, wenn Teile der gesamten Regelung im Wortlaut wiedergegeben werden, die durch § 15 Abs. 2 Nr. 1 angestrebte Klarheit erzielt.

Demgemäß wird vom Kläger nichts grundsätzlich Unmögliches verlangt, wenn er die Klage auf die nichtigen Klauselteile beschränken müßte, um nicht teilweise mit der Kostenfolge des § 92 ZPO zu unterliegen.

(b) Der Teilbarkeit steht auch § 17 Nr. 1 nicht entgegen. Danach ist die beanstandete Bestimmung im Wortlaut aufzunehmen. Das kann auch der beanstandete Teil einer Klausel sein.

Auf den ersten Blick scheint zwar eine Identität der Formulierungen im Klageantrag (§ 15 Abs. 2 Nr. 1) und im Urteilstenor erforderlich zu sein³⁰⁾. Doch zeigt die Stellung der Worte "im Wortlaut" in § 17 Nr. 1 zunächst nur, daß es nicht genügt, in der Urteilsformel auf bestimmte Nummern, Abschnitte oder sonstige Untergliederungen des Klauselwerks oder gar auf den Klageantrag Bezug zu nehmen. Aus dem Tenor muß klar ersichtlich sein, was verboten ist³¹⁾.

Diesem Gebot wird Rechnung getragen durch wörtliche Wiedergabe der beanstandeten und unwirksamen Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Doch nun handelt es sich, und das ist für die vorliegende Fragestellung

30) So MünchKomm/Gerlach § 17 AGBG RdNr. 3

31) Vgl. Dietlein/Rebmann § 17 RdNr. 2; abschreckende Beispiele für eine Tenorierung bei Staudinger/Schlosser § 17 AGBG RdNr. 2

entscheidend, um die vom Gericht beanstandeten Regelungen. Während der Klageantrag die Beanstandungen des Klägers enthält und dieser durch Herausgreifen von Klauselteilen den Umfang des erstrebten Verwendungsverbots festlegen kann, ist es danach Aufgabe des Richters, das Verbotene im einzelnen zu beschreiben³²⁾. Die Einleitungssätze der §§ 15 Abs. 2 und 17 zeigen diese unterschiedliche Blickrichtung hinsichtlich der beanstandeten Bestimmungen.

(c) M. E. sprechen wichtige Gründe für die Teilbarkeit bei abstrakter Klauselkontrolle. Dadurch wird vor allem größtmögliche Klarheit erzielt.

Was hilft es dem Verwender zu wissen, daß er die Regelung nicht so, wie im Klauselwerk niedergelegt, verwenden darf? Er wird sich um eine Ersatzlösung bemühen. Dabei steht er vor der Frage, ob Teile der bisherigen Klausel übernommen werden dürfen. Genau das interessiert auch den Kläger, dem ebensowenig mit einer nur unvollständigen Beurteilung der Regelung gedient ist.

Die Verwendung von Teilen der überprüften Regelung beim Abschluß neuer Verträge provoziert weitere Verfahren. Denn in den Augen des Klägers könnte es sich um unwirksame Klauselteile handeln, von denen wiederum Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs ausgehen. Diesen Zustand sollte das erste Verfahren ausschließen.

Die Unklarheit läßt sich allein dadurch beseitigen, daß das Gericht sämtliche Unterpunkte und Klauselteile bewertet und die Ergebnisse zumindest in den Entscheidungs-

32) Palandt/Heinrichs § 17 AGBG Anm. 2 a; Dietlein/Rebmann § 17 RdNr. 2

gründen mitteilt. Die Andeutung zulässiger Fassungen reicht häufig nicht aus. Das Gericht darf sich nicht (wie bei der Totalverwerfung nur erforderlich) damit begnügen, die Nichtigkeit (nur) eines Teils festzustellen. Erst die vollständige Beurteilung der Klausel schafft für alle Beteiligten hinsichtlich der gesamten Regelung Klarheit.

Wenn aber schon eine umfassende Prüfung stattfindet, um Klarheit über Inhalt und Ausmaß des Gebotes zu erhalten, kann man die gefundenen Ergebnisse auch im Tenor dokumentieren, um auch Außenstehenden die Ergebnisse kundzutun.

Hinzu kommt ein weiterer Vorteil. Wenn über einzelne Klauselteile befunden wird, bedarf es der im Einzelfall u. U. schwierigen Abgrenzung zu "eigenständigen" Klauseln nicht mehr. Über diese ist in jedem Fall im Tenor gesondert zu befinden.

Schließlich können Kläger und Verwender (Empfehlen) in der Berufungsinstanz das erstinstanzliche Urteil besser überprüfen lassen. Insbesondere der Kläger kann - was auch von Hensen begrüßt wird - endgültige Klarheit schaffen, indem er die noch für angemessen erachteten Teile einer erneuten Überprüfung in der nächsthöheren Instanz unterzieht. Bei der Totalkassationsentscheidung entfielen dagegen seine Beschwerden. Aber auch der Verwender könnte mit Erfolgsaussichten gegen die Untersagung einzelner Klauselteile anheben. Es entfielen für ihn die Gefahren, daß zwar die Beurteilung der Vorinstanz als unzutreffend verworfen wird, er dennoch verliert, weil das Berufungs- oder Revisionsgericht einen weiteren Teilpunkt findet, den es für unwirksam hält und **der** die Totalkassationsentscheidung trägt.

(d) Die Pflicht, "in die Klausel hineinzugehen", spiegelt sich m. E. auch in § 17 Nr. 3 wider. "Das Gebot, die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen", hat der Gesetzgeber aus der "Kerntheorie" des BGH entwickelt³³⁾. Ihr liegen folgende Überlegungen zugrunde: Die Unterlassungspflicht wird durch eine konkrete Verletzungshandlung ausgelöst. Nun ist es zwar möglich, die Pflicht durch verschiedene Handlungen zu verletzen. Die möglichen Verletzungsformen sind aber derart vielfältig, daß das Gericht überfordert wäre, sie vollständig aufzuzählen. Deshalb wird im Unterlassungsurteil nur das konkret beanstandete Tun bezeichnet. Erst im Rahmen der Unterlassungsvollstreckung gem. § 890 ZPO wird dann festgestellt, ob die (abgeänderte) Handlungsform des Beklagten unter das im Tenor ausgesprochene Verbot fällt. Dazu ist mit dem BGH zu fragen, ob das neue Tun im Kern verboten ist³⁴⁾. Soweit der Kern der ursprünglichen Verletzungshandlung unberührt bleibt, muß durch Auslegung ermittelt werden, ob gegen Sinn und Zweck des Verbotes verstoßen wird. Dabei ist wegen der engen Fassung des Urteilstenors eine weite Auslegung erforderlich, um Umgehungen zu verhindern³⁵⁾.

Bei teilunwirksamen AGB-Klauseln wird man diesen Anforderungen dadurch gerecht, daß der das Unterlassungsgebot auslösende, materielle Recht verletzende Bestandteil im Tenor genannt wird. Dadurch wird auch die

33) Vgl. Rechtsausschuß zu § 17, BT-Drucks. 7/5422 S. 12

34) BGH 23.2.1973, WRP 1973, 216, 217; Pastor S. 170 m.w.N.

35) BGH 22.2.1952, Z 5, 189, 193, 194; RG 2.2.1935, Z 147, 27, 31; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 17 RdNr. 21; Ulmer/Brandner/Hensen § 17 RdNr. 6; Pastor S. 170 ff.

geforderte enge Fassung des Titels erreicht. Im Rahmen der Unterlassungsvollstreckung kann Jann von einer eindeutigen "Warte" aus ein etwaiger Verstoß festgestellt werden.

(e) Das sich bei Teilbarkeit vergrößernde Kostenrisiko des Klägers führt nicht zu anderen Ergebnisse. Denn die Kostenfrage darf als Argumentationshilfe nicht herangezogen werden. Vielmehr müssen sich in der Kostenentscheidung die zuvor gefundenen Ergebnisse widerspiegeln.

Wer auf Kostengesichtspunkte hinweist, versteckt dahinter zumeist andere Wertungen. So ist der Versuch, den Kläger möglichst auch bei nur teilweise unwirksamen Klauseln vom Kostenrisiko zu befreien, etwa damit zu erklären, daß er gefahrlos Verbraucherschutz gegen mächtige Verwender oder Empfehler durchsetzen können soll. Damit kommt zum Ausdruck, daß bereits das Stellen von AGB mit Makel behaftet sein soll. Das mag der Fall sein, wenn eindeutig gegen die §§ 9 - 11 verstoßen wird. Dann wiederum ist es nicht schwer, die Verstöße aufzuzeigen und im richtigen Umfang Unterlassung zu verlangen. Ist die (Un)Wirksamkeit nicht eindeutig, kann darin auch das Bemühen um angemessene Lösungen liegen. Dann ist nicht einsichtig, warum der Verwender/Empfehler weniger schutzwürdig sein soll als der Verbandskläger. Schließlich wirkt sich hier das Unvermögen des Gesetzgebers aus, die §§ 9 und 10 straffer zu fassen. Das beruht nicht zuletzt auf der schwierigen Materie. Deshalb geht es nicht an, den Verwender in vollem Umfang "zur Kasse zu bitten", wenn er die Klauseln nicht bis ins letzte Detail den unklaren Angemessenheitserfordernissen des Gesetzes angepaßt hat.

Hinzu kommt, daß der Kläger zumeist fachlich beraten ist und im Prozeß anwaltlich (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO) vertreten wird. Das alles spricht für Kostenteilung.

Diese Überlegungen müssen Eingang in die Abschlußwertungen finden. Die Kostenverteilung ist jedenfalls nicht diesen Wertungen zugrundezulegen. Deshalb trägt auch der von Hensen (für die geltungserhaltende Reduktion) unterbreitete Vorschlag, zunächst die Klausel insgesamt zu verwerfen und alsdann Einschränkungen vorzunehmen³⁶⁾, nichts zur wertungsmäßigen Lösung der Teilbarkeitsproblematik bei.

(f) Die Gerichte können wirksame und unwirksame Bestandteile aufteilen und das Verbotene klar fassen.

Soweit der Verwender/Empfehler bereits Unterteilungen vorgenommen (und damit nicht schon verschiedene "eigenständige" Klauseln geschaffen) hat, genügt die Aufnahme allein der unangemessenen Teile in den Tenor des Unterlassungsgebots.

Auch bei zu weit gefaßten, undifferenzierten Formulierungen ist ein Teilen möglich. Das verdeutlicht das Beispiel des erwähnten vollständigen Aufrechnungsverbots: Hat der Verwender die zwischenzeitlich anerkannten Ausnahmen nicht ausgenommen, kann das Gericht die Klausel insoweit verbieten, als davon genau diese Fallgruppen erfaßt werden. Der Wortlaut der Klausel braucht in der Urteilsformel nicht geändert zu werden. Wie bei den Arten der Rechtsgeschäfte erfolgt allein im Hinblick auf verschiedene Lebenssachverhalte der Verbotsausspruch. Wird die Regelung im übrigen als angemessen gewertet, erfolgt insoweit Klageabweisung, ohne daß im Urteil alle zulässigen Fälle aufzulisten wären. Dem Beklagten wird

36) Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 17 RdNr. 17

auch nicht die Mühe abgenommen, die Klausel neu zu formulieren unter Beachtung der gerichtlichen Einschränkungen.

Nun ist es möglich, daß in den Augen des Klägers eine weitere Aufrechnungssituation nicht ausgeschlossen werden darf. Aufgrund dessen wird er selbst bei einer alle bisherigen Ausnahmefälle beachtenden Regelung auf Unterlassung klagen. Dem kann das Gericht sich anschließen und einen weiteren Fall ausnehmen oder die Klage insoweit abweisen.

Die Möglichkeit, daß in Zukunft weitere Ausnahmen anerkannt werden, die heute noch nicht absehbar sind, steht der Teilbarkeit nicht entgegen. Diese Möglichkeit bleibt immer. Das bereitet den Befürwortern der Totalverwerfung Schwierigkeiten: Denn sie müssen die Klage vollständig abweisen, wenn die Klausel alle bisher anerkannten Ausnahmen aufweist und darüber hinaus kein weiterer Ausnahmefall "zu sehen" ist. Soweit sie eine neue Ausnahme erkennen und die gesamte Klausel verwerfen, besagt das andererseits nicht, daß das Aufrechnungsverbot in jedem Fall unangemessen ist. Nimmt der Verwender/Empfänger die Ausnahme in die Klausel auf, darf sie weiterverwendet werden, bis ein neuer Ausnahmefall anerkannt wird.

Teilbarkeit bejahen grundsätzlich auch die Totalkassationsvornehmenden Gerichte, wenn sie in den Entscheidungsgründen wirksame Klauselgestaltungen andeuten. So heißt es etwa im Urteil des OLG Frankfurt vom 11. September 1980: "Der Senat war auch nicht etwa befugt, die Klausel nur insoweit zu verbieten, als sie auch künftige Forderungen umfaßt"³⁷⁾.

37) ZIP 1981, 70, 71

Soweit die Gerichte Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion annehmen, bewältigen sie diese Schwierigkeiten ohnehin.

Demgegenüber scheint der BGH Schwierigkeiten zu sehen, die Klarheit des Tenors zu wahren. In einer neueren Entscheidung zur "Beschränkung des Unterlassungsgebotes auf einen unwirksamen Teil der Klausel (geltungserhaltende Reduktion)"³⁸⁾ führt er aus, daß es bei Zusätzen, die die ursprüngliche Fassung einschränken, zweifelhaft bleibe, "in welcher Art und Weise und mit welcher Formulierung der Verwender die nunmehr zulässige Klausel - die vom Gericht nicht fixiert wäre - in seinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und wie der Rechtsverkehr eine Abweichung vom Urteil eindeutig feststellen könnte"³⁹⁾.

Außerdem sei es in vielen Fällen schwierig, "innerhalb einer sprachlich umfassenden Regelung eine die zulässigen Ausnahmen präzise beschreibende Einschränkung zu formulieren".

Der vom BGH entschiedenen Verbandsklage lag eine interessante Ausgangssituation zugrunde. Die Beklagte hatte sich bereiterklärt, beanstandete Klauseln unter Einschränkungen und Vorbehalten nicht mehr zu verwenden. Mit Formulierungen wie "es sei denn" und "vorbehalten bleibt" hatte sie dem Kläger Sachverhalte dargelegt, bei denen sie auf die ansonsten unzulässigen Regelungen zurückgreifen wollte. In der Revision vertrat die Beklagte die Ansicht, das Unterlassungsgebot müsse sich auf den

38) 7.6.1982, WM 1982, 869, 871. Dabei kann dahinstehen, ob dieser Entscheidung teilbare oder nur zerlegbare Klauseln zugrunde liegen. Der BGH unterscheidet dazwischen nicht. Seine Ausführungen sind so allgemein gehalten, daß sie auch an dieser Stelle beachtet werden müssen.

39) BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871 r. Sp.

unzulässigen Teil dieser Klausel beschränken.

Ähnlich wie beim Aufrechnungsverbot ist im vorliegenden Falle von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der angegriffenen Klauseln auszugehen. Deshalb sind Regelungen zu verbieten, soweit sie nicht die zulässigen, im Tenor aufgelisteten Ausnahmefälle betreffen, die das Unterlassungsgebot einschränken. Aus ihnen ergibt sich, daß der Verwender die Bedingungen in den konkret benannten Fällen weiter verwenden darf. Bei klarer Tenorierung dürfte für den Verwender die Neufassung nicht problematisch sein, soweit hinreichend deutlich wird, wie eine angemessene Regelung auszusehen hat. Die Ansicht des BGH vermag ich nicht zu teilen. Etwaige Formulierungsschwierigkeiten beim Auflisten der vom Unterlassungsgebot erfaßten bzw. ausgenommenen Fälle sind unerheblich. Dieser Mühe wollte sich das Gericht wegen der Rechtsklarheit unterziehen.

(g) Zu erörtern bleibt das Argument, der Schutzzweck der §§ 13 ff., den Rechtsverkehr von unwirksamen Klauseln freizuhalten, lasse nicht zu, dem Verwender das Nichtigkeitsrisiko zu nehmen und damit dem Gesetz seine vorbeugende Wirkung⁴⁰⁾. Diese - vom OLG Düsseldorf offensichtlich nicht so gemeinte - Ansicht ist unzutreffend. Auch bei Teilnichtigkeit trägt der Verwender das Nichtigkeitsrisiko, denn er darf die unangemessenen Klauselteile nicht weiter verwenden. Dadurch wird der Rechtsverkehr geschützt. Die mit Teilung erreichte Klarheit fördert die von §§ 13 ff. angestrebte "positive Breitenwirkung". Daher sprechen wichtige Argumente für Teilbarkeit.

40) OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129 mit Hinweis auf Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9

c) Ist aus den gleichen Gründen bei unteilbaren Klauseln geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen?

aa) Rechtsprechung und Lehre verneinen überwiegend die Zulässigkeit⁴¹⁾ vor allem mit Hinweis auf die Kostenfolgen für den Kläger. Um dem vorzubeugen, hätte er von sich aus eine eingeschränkte, im Verwenderinteresse reduzierte Klauselfassung zu formulieren und den Antrag auf Unterlassung und Widerruf allein im Hinblick auf den überschießenden Teil zu stellen. Das sei unpraktikabel und dem klagenden Verband unzumutbar⁴²⁾. Ihm bürde man das Risiko der Fehlformulierung auf. Zudem müßte er den Beklagten darauf aufmerksam machen, wie dessen (noch) zulässige Bedingungen auszusehen hätten⁴³⁾. Das widerspräche § 15 Abs. 2 Nr. 1, der nur die Wiedergabe des beanstandeten Wortlauts fordere.

Dem Beklagten sei durch Reduktion auch nicht geholfen. Er habe seine bisherige Formulierung auf jeden Fall abzuändern und die Klausel neu zu fassen. Das sei Ziel der Verbandsklage. Wenn dieses Ziel jedoch sowohl bei Gesamtnichtigkeit als auch bei geltungserhaltender Reduktion erreicht werde, gebe es keinen Anlaß, dem Verwender

41) P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2029 I. Sp.; E. Schmidt JA 1980, 401, 405; Kötz BB 1982, 644; MinchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 11, Ergänzung zu § 6 AGBG RdNr. 8 - 12 m.w.N.; MinchKomm/Gerlach § 13 AGBG RdNr. 18, Ergänzung zu § 13 AGBG RdNr. 18; Koch/Stübing § 17 RdNr. 4; OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129; OLG Köln 11.7.1979, AGBE I § 11 Nr. 1, Nr. 5; OLG Braunschweig 28.2.1980, AGBE I § 6 Nr. 5; OLG Hamburg 10.6.1981, WM 1981, 139, 140; 2.11.1978, WM 1978, 1358, 1361; nach langem Zuwarten nunmehr auch der BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

42) P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2029 I. Sp.

43) E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp.; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

versteckten Kostenschutz angedeihen zu lassen⁴⁴⁾. Denn dadurch verlöre das Gesetz weitgehend seine vorbeugende Wirkung⁴⁵⁾.

Es sei nicht Sache und Aufgabe des Gerichts, die Verbote des Tenors durch neue, eigene Formulierungen einzuschränken und damit dem Verwender das Risiko der Fehlformulierung abzunehmen⁴⁶⁾. § 17 lasse keinen eingeschränkten Vorbehalt erkennen⁴⁷⁾. Der Richter sei nur zur Entscheidung des rechtshängigen Falls berufen. Dieser betreffe allein die Feststellung der Unwirksamkeit einer Klausel, welche der gesetzlichen Wertung nicht standhalte. Würde darüber hinaus eine wirksame Fassung festgestellt, entstünde ein unlösbarer Konflikt zwischen dem Verbraucherschutz und der allein am Gesetz zu orientierenden eigenen Entscheidung des Gerichts, das ggf. später über neugefaßte AGB zu urteilen habe⁴⁸⁾.

Schließlich wird vorgebracht, daß geltungserhaltende Reduktion schon wegen der vielen zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten ausscheide⁴⁹⁾.

Unsicherheiten und Unklarheiten seien bei der Tenorierung zu erwarten. Das Gericht müßte eine eigene Wortfassung

44) E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp. 3.2

45) OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129

46) OLG Köln 11.7.1979, AGBE I § 11 Nr. 1, Nr. 5; OLG Braunschweig 28.2.1980, AGBE I § 6 Nr. 5; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871; Strobel BB 1981, 1423, 1424

47) E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp. 3.2

48) Koch/Stübing § 17 RdNr. 4

49) OLG Hamburg 10.6.1981, WM 1981, 139, 140; BGH 7.10.1981, WM 1981, 1354, 1356

für die nach § 17 im Urteilstenor aufzunehmende "verbotene" Klausel finden⁵⁰⁾.

Die Registerklarheit gebiete ein deutliches Ja oder Nein zur beanstandeten Klausel⁵¹⁾.

Schließlich weist der BGH darauf hin, daß das Gericht, würde es durch Zusätze Wortlaut oder Sinn der Klausel verändern, über eine Bestimmung zu urteilen hätte, die der Verwender nicht gebraucht und der Kläger in dieser Form nicht angegriffen habe⁵²⁾. Das sei mit § 13 nicht vereinbar.

bb) Der BGH hatte sich bis zum 7. Juni 1982 einer Stellungnahme zur Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion bei der Verbandsklage enthalten. Im Urteil vom 7. Oktober 1981⁵³⁾ hatte er ausdrücklich offen gelassen, ob eine Aufrechterhaltung durch vom Wortlaut abweichende Auslegung möglich sei.

Immer häufiger deuten die Gerichte an, wie eine zulässige Regelung auszusehen habe. So enthält ein BGH-Urteil zur Wirksamkeit von Tagespreisklauseln im Neuwagenhandel ausführliche Orientierungshilfen für die Neugestaltung: "Unangemessenheit ... dadurch zu beseitigen, daß er dem Käufer unter bestimmten Voraussetzungen eine Lösungsmöglichkeit vom Vertrag einräumt ... Beschränkung der

50) P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2029 1. Sp.; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

51) E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp. 3.2; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

52) 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

53) WM 1981, 1354, 1355 (zur Benachteiligung eines Automobilkäufers, wenn der Verkäufer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Weiterverkauf vor Erhalt des Wagens untersagt, die Zulassung auf den Namen des Käufers fordert und sich für den Fall der Zuwiderhandlung ein Rücktrittsrecht vorbehält)

Lösungsbefugnis auf diejenigen Fälle, in denen die Preiserhöhung einen bestimmten Prozentsatz übersteigt ..."⁵⁴⁾. Im Urteil zur Preiserhöhungsklausel beim Zeitschriftenabonnement wird Ähnliches empfohlen⁵⁵⁾.

Die Gerichte weisen auf die Möglichkeit klarstellender Zusätze hin⁵⁶⁾, raten engere und eindeutigere Fassung Fassung des Klauselwortlauts an, um Auslegungsmöglichkeiten zu verhindern, bei denen die Regelung der Inhaltskontrolle nicht standhält⁵⁷⁾.

Koch/Stübing zufolge kommt dem BGH, aber nur ihm, wegen der präjudiziellen Kraft seiner Rechtsprechung die Rolle zu, Orientierungshilfen für zulässige Wertungen zu geben⁵⁸⁾.

cc) Hensen bejaht die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion⁵⁹⁾. Er ist der Meinung, das Gericht könne, soweit die Klausel in eingeschränkter Form zulässig sei, dieses im Urteil feststellen⁶⁰⁾.

54) BB 1982, 147, 148 mit Erläuterung von Witte JA 1982, 206

55) BGH 11.6.1980, NJW 1980, 2518, 2519: "Vor allem würde ein angemessener Ausgleich für den Bezieher bei unumgänglichen Preiserhöhungen dann geschaffen, wenn gleichzeitig ein Lösungsrecht vom Vertrag zugebilligt würde".

56) BGH 10.12.1980, WM 1981, 244, 245 mit Erläuterung von Witte JA 1981, 354; OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129 r. Sp.; LG Düsseldorf 7.8.1979, BB 1979, 1632, 1633

57) BGH 28.11.1979, NJW 1979, 831, 832 1. Sp.

58) § 17 RdNr. 4; auch E. Schmidt bejaht Formulierungshilfen, JA 1980, 401, 405 r. Sp.

59) Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 17 RdNr. 16; J. Johannson DB 1981, 732, 734; LG Konstanz 19.12.1980, BB 1981, 1420, 1421 f.

60) Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 17 RdNr. 16

Er schlägt dazu vor, zunächst das Obsiegen des Klägers zu bejahen und beanstandete Regelungen zu verbieten ("... nicht mehr zu verwenden"). Danach solle in einem Zusatz deutlich gemacht werden, in welcher Formulierung die Klausel erlaubt sei (... "oder nur noch in folgender Fassung zu verwenden: ...")⁶¹⁾. Hensen folgert die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion nicht aus den Besonderheiten der Verbandsklage, sondern übernimmt sie aus dem Individualverfahren unter Beachtung der dort geltenden Einschränkungen⁶²⁾.

J. Johannson verlangt bei Verstößen gegen § 9 geltungserhaltende Reduktion. Anders als bei den §§ 10 und 11 fehlten dem Verwender hier Orientierungsrichtlinien. Es sei schwierig, beim Erstellen der Klauseln eine Angemessenheitsprüfung vorwegzunehmen. Das Gericht sei demgegenüber in einer günstigeren Lage. Es brauche lediglich seine eigene Entscheidung zu begründen. Der Verwender aber habe sich oft in einer Vielzahl von widersprechenden Urteilen und Lehrmeinungen zurechtzufinden und künftige Entwicklungen der Rechtsprechung zu erahnen, um eine möglichst unanfechtbare Klausel zu gestalten⁶³⁾.

Das LG Konstanz erachtet unter Berufung auf Hensen geltungserhaltende Reduktion für zulässig, wenn ein weiterer Auslegungsspielraum besteht und auszuschließen ist, daß der Beklagte einen anderen Klauselinhalt erreichen wollte⁶⁴⁾.

61) Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 17 RdNr. 16

62) Bei klaren Verstößen gegen die §§ 9 - 11 und unter Beachtung des Verbots richterlicher Vertragsgestaltung (Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 17 RdNr. 16 unter Aufgabe der entgegenstehenden Ansicht in der 1. und 2. Auflage, vgl. dort § 17 RdNr. 14 ff.)

63) J. Johannson DB 1981, 732, 734

64) 19.12.1980, BB 1981, 1420, 1422 1. Sp.

dd) Das Meinungsspektrum wird abgerundet durch folgende Überlegungen der Gegner geltungserhaltender Reduktion. Sie erkennen bei Klauseln mit quantitativem Übermaß das Bedürfnis an, Rechtsklarheit zu erlangen⁶⁵⁾. Deshalb soll zwar nicht dem Gericht, wohl aber dem Kläger erlaubt sein, "in die Klausel zu gehen". So könne etwa bei überlangen Fristen beantragt werden, den Verwender zur Unterlassung zu verurteilen, soweit ein bestimmtes Maß überschritten werde. Denn in der verwendeten exzessiven Klausel stecke gleichzeitig eine relativ maßvollere, aber immer noch unwirksame Regelung. Auch sie gelte es auszuschalten. Nur so könne, ohne daß es eines neuen Kontrollverfahrens bedürfe, verhindert werden, daß der Verwender mit reduzierten, aber weiterhin unwirksamen Klauselinhalten auftrete⁶⁶⁾.

ee) Bei der Stellungnahme zur Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion im abstrakten Kontrollverfahren ist zunächst an den Unterschied zwischen teilbaren und unteilbaren Regelungen zu erinnern. Während bei jenen Bedingungsteile vorhanden sind, die wirksam sind und deshalb wörtlich weiterverwendet werden können, muß bei unteilbaren, allenfalls zerlegbaren Klauseln der Text in jedem Fall vollständig umgestaltet und inhaltlich neu gefaßt werden.

(1) Daraus ergeben sich Unterschiede hinsichtlich der Klarheit des Unterlassungsgebotes. Die für die teilbaren Bedingungen typische Unklarheit bei Totalkassation ist vom Ausgangspunkt her nicht gegeben. Durch die vollständige Verwerfung wird nichts zumindest teilweise

65) Koch/Stübing § 17 RdNr. 4; Staudinger/Schlosser § 17 ABGB RdNr. 2; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 17 RdNr. 1

66) Koch/Stübing § 17 RdNr. 4

Zulässiges untersagt. Für Kläger und Beklagten, aber auch für die über § 21 und das Auskunftsbegehren beteiligten Personenkreise ist eindeutig klargestellt, daß Verwender und Empfehler neue Regelungen suchen müssen. Das trifft auch für die unteilbaren, jedoch zerlegbaren Klauseln mit quantitativem Übermaß zu. Bei überhöhter Schadenspauschale etwa geht es nicht darum, einen der Höhe nach angemessenen Teil als wirksam vom Verbot auszuklammern. Denn nicht das Übermaß ist unwirksam, sondern das Gesamtmaß, wenn auch wegen des Übermaßes. Der Verwender hat die Grenze des Zulässigen zu suchen. Aufgrund des Urteils weiß er, daß sie durch Zerlegung des Gesamtmaßes zu finden ist.

Einer Reduzierung bedarf es auch deshalb nicht, weil bei ausnahmslosem Gebot allen Beteiligten ersichtlich wird, daß keine wirksamen Bestandteile vorhanden sind, die in eine neue Klausel übernommen werden können.

(2) Totalverwerfung ist jedoch nicht geeignet, das darüber hinausgehende Bedürfnis der Parteien, für die Neugestaltung der Regelungen Orientierung zu erhalten, in irgendeiner Weise zu befriedigen. Um weitere Prozesse über die neu zu gestaltende Klausel zu verhindern, könnte es aber geboten sein, Hinweise zu geben oder die Regelung auf einen zulässigen Inhalt zu reduzieren.

(a) Dem steht der von Schlosser⁶⁷⁾ und Koch/Stübing⁶⁸⁾ empfohlene Weg nicht entgegen. Ihr Vorschlag, der Kläger solle durch entsprechende Fassung des Klageantrags (§ 15 Abs. 2 Nr. 1) beantragen, die Verwendung von Klauseln

67) Staudinger/Schlosser § 17 AGBG RdNr. 2; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 17 RdNr. 1

68) § 17 RdNr. 4

zu untersagen, die ein weniger exzessives, aber immer noch wirksames Maß enthalten, reicht nicht aus. Dem Vorschlag kommt bei der zur Zeit herrschenden Unklarheit über die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion jedoch große Bedeutung zu. Es ist m. E. auch zulässig, "in die Klausel zu gehen". Denn in der tatsächlich verwendeten übermäßigen Regelung sind weitere relativ maßvollere, aber immer noch unwirksame enthalten. Auch sie werden faktisch verwendet. Und da der Kläger das Recht hat, den Streitgegenstand zu bestimmen, kann er sich für eine der vielen tatsächlich verwandten Bedingungen entscheiden. Doch selten wird er den Punkt treffen, der die Grenze zum Übermaß bildet. Dazu müßte er im Hauptantrag ziemlich "niedrig" beginnen und in mehreren Hilfsanträgen nach und nach immer weniger maßvolle Regelungen angreifen, darunter dann auch die, bei der Nichtigkeit beginnt. Das ist sehr umständlich und nicht immer erfolgreich. Die Grenze kann im Einzelfall höher oder niedriger liegen.

Der Weg, das Gericht faktisch zur geltungserhaltenden Reduktion zu zwingen⁶⁹⁾, greift auch dann nicht, wenn sonstige unteilbare und nicht zerlegbare Klauseln vorliegen. Deshalb bedarf es weiterer Überlegungen.

(b) Sollte der Richter in den Entscheidungsgründen durch Andeutungen und Hinweise auf eine angemessene Klauselfassung die geforderte Orientierung geben?

Das könnte die Entwicklung angemessener Klauseln vorantreiben und Einheitlichkeit bei der Angemessenheitsbeurteilung erzielen. Jeder Verwender und Empfehler griffe dankbar die Äußerungen des BGH auf.

69) Soweit sich die geltungserhaltende Reduktion als unzulässig erweisen sollte, stehen einer "Ballung" von Hilfsanträgen die gleichen Vorbehalte entgegen.

Die Zulässigkeit solchen Vorgehens beurteilt sich nach den auch im abstrakten Klauselkontrollverfahren geltenden Grundsätzen der Zivilprozeßordnung. Auf diese weist § 15 Abs. 1 ausdrücklich hin. Mithin gilt § 313 Abs. 3 ZPO, soweit nicht AGB-spezifische Aspekte anderes verlangen. Grundsätzlich sind damit Ausführungen fehl am Platz, die nicht geeignet sind, die getroffene Entscheidung zu stützen. Sie "verkennen das Wesen der Entscheidungsgründe und nehmen ihnen die klare Linie"⁷⁰⁾.

Unbedenklich ist ein Darlegen der angemessenen Regelung folglich immer dann, wenn dadurch die Abgrenzung zur unangemessenen Benachteiligung des potentiellen Kunden verdeutlicht wird; z. B. bei der Generalklausel und den unbestimmten Rechtsbegriffen des § 10 wird es häufig nur möglich sein, die Verstöße dagegen zu ermitteln, wenn das "Erlaubte" festgestellt wird.

Weniger klar ist die Notwendigkeit, das Angemessene darzustellen, wenn auch ohne ein Eingehen auf die zulässigen Gestaltungen die Nichtigkeit der gerügten Klausel begründet werden könnte, z. B. bei Verwerfung der Preiserhöhungsklausel beim Zeitschriftenabonnement. Der BGH hat sie als mit wesentlichen Grundgedanken der Preisabrede nicht vereinbar angesehen⁷¹⁾, das ausführlich begründet und die Einwände des Beklagten widerlegt. Am Ende der Erörterungen stellte der BGH dann klar, daß durchaus Preiserhöhungsklauseln denkbar seien, "die den Belangen des Lieferanten Rechnung tragen und gleichzeitig die Interessen des Kunden an einer ausgewogenen Preisgestaltung und seinen Schutz vor Übereilung

70) Thomas/Putzo § 313 Anm. V A; vgl. auch Baumbach/Hartmann § 313 Anm. 7 A

71) 11.6.1980, WM 1980, 1120, 1121

berücksichtigen". Alsdann legte das Gericht dar, daß ein angemessener Ausgleich bei unumgänglichen Preiserhöhungen durch ein Lösungsrecht vom Vertrag zu schaffen sei.⁷²⁾.

Liegt hierin eine notwendige Folgenbetrachtung im Rahmen der teleologischen Interpretation des Tatbestandsmerkmals "unangemessene Benachteiligung" oder wird eher ein nützlicher, wenn auch nicht notwendiger Hinweis zur Ausfüllung der Generalklausel gegeben⁷³⁾?

Die Argumente, die gegen die Aufnahme entbehrlicher Rechtsausführungen in die Entscheidungsgründe sprechen, können hier nicht vertieft werden. Möglicherweise greifen diese Argumente jedoch bei der Verbandsklage nicht. Da das abstrakte Klauselkontrollverfahren - anders als die Individualverfahren - den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauseln freihalten soll, könnten Hinweise und Anregungen geradezu geboten sein, um Empfehler und Verwender zur Abfassung entsprechender Regelungen anzuhalten.

Doch der Gesetzgeber hat in § 15 Abs. 2 den Inhalt des Verfahrens erheblich eingeschränkt. Die wörtliche Wiedergabe der gerügten Klausel soll den Streitgegenstand begrenzen. Nichtbeanstandete Klauseln dürfen und müssen nur insoweit herangezogen werden, als dies zur Beurteilung der gerügten notwendig ist.

Der dadurch gesteckte enge Rahmen ließe sich erweitern, wenn das Gericht die Klage zum Anlaß nimmt, darzulegen,

72) BGH 11.6.1980, WM 1980, 1120, 1121 f.; vgl. dazu auch die Anregungen zur Gestaltung der Tagespreisklausel bei Neuwagenkaufverträgen BGH 7.10.1981, BB 1982, 146, 147 f.

73) Vgl. zu den "obiter dicta" insgesamt Schlüter, insb. S. 28 ff., 94 ff., 184 ff. und die kritische Anm. dazu von Köbl JZ 1976, 752 ff.

wie der fragliche Komplex angemessen geregelt werden kann. Darin liegt kein unmittelbarer Verstoß gegen § 15 Abs. 2. Denn das Gericht befindet nicht über andere Bedingungen des Klauselwerks, sondern überprüft allein die gerügte Regelung. Doch könnte es mit dieser Kontrolle sein Bewenden haben, wenn § 15 Abs. 2 den allgemeinen Gedanken enthielte, daß nur die Unterlassung der beanstandeten Klausel, nicht aber die sich daraus ergebenden Folgen zur Diskussion stehen. Das vermag ich nicht zu erkennen. Wenn "positive Breitenwirkung" angestrebt wird, sollte man nicht auf halbem Weg stehen bleiben und lediglich ein Verbot aussprechen. Vielmehr erlaubt § 15 Abs. 2 seinem Zweck nach, Orientierungshilfen, Hinweise und Anregungen für zulässige Klauselfassungen zu geben.

Im Regelfall wird ein Darlegen des Angemessenen schon zur Feststellung der Unwirksamkeit der gerügten Klausel erforderlich sein. Kaum ein Verwender wird nicht zumindest in der mündlichen Verhandlung das Gericht nach dem Erlaubten fragen, um das Verbotene seines Tuns einsehen zu können⁷⁴⁾.

(c) Aus dem Streben nach Klarheit läßt sich möglicherweise die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion ableiten. Durch Beseitigung des Übermaßes und Aufrechterhaltung der Klauseln mit angemessenem Inhalt könnte so ggf. verbindlich das Zulässige festgeschrieben werden. Insbesondere durch eine Aufnahme in den Tenor und die dadurch bedingte Registrierung würde für Dritte der umständliche Weg des § 299 ZPO vermieden, zu den Hinweisen in den Entscheidungsgründen zu gelangen.

74) Vgl. hierzu OLG Frankfurt 7.1.1982, DB 1982, 948, 949 a. E. wo der Senat ausdrücklich darauf hinweist, mit den Parteien Beschränkungen der Klausel erörtert zu haben.

Problemlos ist die Darstellung des Erlaubten in den Fällen, in denen nur eine zulässige Fassung in Betracht kommt.

Bei mehreren Gestaltungsmöglichkeiten träte Unklarheit auf, wenn dem Verwender nur eine bindend vorgeschrieben würde. Dürfte er auch andere verwenden? Die über § 20 und § 21 Beteiligten könnten vermuten, daß es weitere angemessene Fassungen nicht gibt.

Bei den zerlegbaren Klauseln mit quantitativem Übermaß geht es zumeist nur um die Grenze zur Nichtigkeit. Hier kann die Regelung auf ein Maß zurückgeführt werden, bei dem sie der Inhaltskontrolle standhält.

Ansonsten ist es dem Gericht kaum möglich, alle zulässigen Gestaltungen zusammenzustellen. Dafür sind die Lebenssachverhalte zu vielfältig. Deshalb sollte der Versuch unterbleiben, durch Auflistung mehrerer Möglichkeiten nicht erreichbare Vollständigkeit anzustreben.

(3) Mit Aspekten des abstrakten Kontrollverfahrens argumentiert der BGH in der ersten, die Reduktion verwerfenden Entscheidung, wenn er auf § 13 Abs. 1⁷⁵⁾ hinweist. Er meint, das Gericht entscheide bei Veränderung von Wortlaut und Sinn der Klausel über eine Bestimmung, die vom Verwender nicht gebraucht und vom Kläger in dieser Form nicht angegriffen worden sei. Diese Ansicht ist unzutreffend: Beurteilt wird die gerügte Regelung. Erst bei der Rechtsfolgenbetrachtung stellt sich die Frage geltungserhaltender Reduktion. Wird reduziert nach den Leitgedanken der §§ 9 - 11, unterzieht das Gericht nicht eine neue Regelung der Kontrolle. Vielmehr fließen die Ergebnisse der Angemessenheitsprüfung in die neue Fassung ein. Die vom BGH für zulässig gehaltenen Hinweise

75) 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

werden gleichsam ausformuliert.

(4) Der BGH sieht wegen § 17 die Schwierigkeit, in den Tenor "verbotene Klauseln"⁷⁶⁾ aufzunehmen. Das Gericht müßte dafür eigene Formulierungen wählen (wozu es nicht berechtigt wäre). Dieser Gedanke vermag nicht zu überzeugen. Er ist allein aus der Gleichsetzung von Teilbarkeit und geltungserhaltender Reduktion zu erklären. Für teilbare Klauseln trifft zu, daß die angemessenen Regelungsteile nicht mit verworfen werden dürfen.

(5) Auf diese Weise wird dem Kläger das Angemessenheitsurteil und das Risiko der Fehlformulierung nicht aufgebürdet. Er muß nicht eine reduzierte Fassung präsentieren. Es reicht aus, wenn er gem. § 15 Abs. 2 Nr. 1 den tatsächlich verwandten Wortlaut im Klageantrag mitteilt. Das Gericht reduziert.

(6) Versteckter Kostenschutz⁷⁷⁾ wird dabei nicht gewährt. Hält man Reduktion auch zum Schutz des beklagten Verwenders für zulässig, müssen die Kosten konsequenterweise (zumindest teilweise) dem Kläger auferlegt werden. Scheidet dieser Gesichtspunkt aus, hat der Verwender die Kosten zu tragen, selbst wenn die Reduktion aus anderen Gründen zulässig sein sollte.

(7) Der geltungserhaltenden Reduktion könnte schließlich ein Einwand von Koch/Stübing⁷⁸⁾ entgegenstehen. Ihrer Meinung nach entstünde bei einer verbindlichen Aussage

76) 7.6.1982, WM 1982, 869, 871

77) S. dazu E. Schmidt JA 1980, 401, 405 r. Sp. 3.2 a. E.

78) § 17 RdNr. 4

des Gerichts über die zulässige Fassung ein unlösbarer Konflikt zu der allein am Gesetz zu orientierenden eigenen Entscheidung des Gerichts, das über die neuen AGB zu urteilen hat⁷⁹⁾.

M. E. treten durch die geltungserhaltende Reduktion keine zusätzlichen Schwierigkeiten auf. Denn man kann die auf diese Weise gefundene Regelung mit einer ursprünglich wirksamen Klausel vergleichen. Das Unterlassungsgebot für die gerügte Regelung trifft die reduzierte Fassung nicht. Daher erfaßt § 21 nur die untersagte Klausel. Der Verwender darf die reduzierte wie eine von Anfang an wirksame Bedingung weiter gebrauchen. Bindungswirkung tritt nur zwischen den Parteien des Kontrollverfahrens ein. Dritten gegenüber gilt das Urteil nicht mehr als jede andere Entscheidung.

Daraus ergibt sich folgendes für die typischen Fallkonstellationen⁸⁰⁾:

Stellt der Verwender bei Neuabschlüssen die Klausel in reduzierter Fassung, steht einer neuen Verbandsklage des früheren Klägers die Rechtskraft der ersten Entscheidung entgegen.

Hat ein Gericht im Individualverfahren über die neue Regelung zu entscheiden, kann der Verwender sich dem Kunden gegenüber nicht auf das die reduzierte Fassung erhaltende Urteil berufen. Der Richter ist nicht an die Entscheidung des Kontrollverfahrens gebunden.

Kommt es bei einem Altvertrag zum Streit über die verworfene Regelung, so ist nach Ansicht des BGH das Gericht über § 21 an das Unwirksamkeitsurteil gebunden. Es braucht jedoch nicht in gleicher Weise zu reduzieren wie im Tenor des Verbandsklageurteils.

79) Koch/Stübing § 17 RdNr. 4

80) Vgl. zu Gegenstand und Umfang der Rechtskraft Reinel S. 69 ff.

Unlösbarer Konflikte entstehen mithin nicht.

Damit ist jedoch noch nicht endgültig über die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion bei der Verbandsklage entschieden. Erst die Betrachtung allgemeiner Wertungskriterien erlaubt ein abschließendes Urteil.

d) Von den sonstigen Wegen zur Lückenfüllung bei unwirksamen Klauseln im Individualverfahren scheiden ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlageregeln für die abstrakte Klauselkontrolle aus. Denn diese findet losgelöst vom Vertragsschluß statt und befaßt sich allein mit dem als Vertragsschablone anzusehenden Klauselwerk.

Was aber gilt für den Rückgriff auf die Vertragsnatur und das Leitbild der Verkehrsauffassung?

Vertragsergänzung auf diesem Wege hat Bedeutung, wenn kein Übermaß vorliegt, geltungserhaltende Reduktion ausscheidet. Das ist der Fall bei Klauseln, die nur durch Hinzufügen weiterer "Tatbestandsvoraussetzungen" aufrechtzuerhalten sind, z. B. bei der Abmachung, die dem Anspruch auf Zahlung der Restmiete vorausgehen muß.

Das Bedürfnis nach Klarheit ist ebenso groß wie in den vorstehenden Fällen. Die Wertungen entsprechen im wesentlichen denen der geltungserhaltenden Reduktion. Wenn nur eine zulässige Klauselgestaltung denkbar ist, bietet sich eine entsprechende Ergänzung an. Unabhängig vom konkreten Vertragsschluß ist in den meisten Fällen ein Rückgriff auf die Vertragsnatur und das Leitbild möglich. Regelmäßig ergibt sich aus dem Klauselwerk selbst, für welche Verträge es gelten soll.

Die entscheidende Frage ist allein, ob eine Vertragsergänzung als solche zulässig ist.

V. Zusammenfassende Bewertung der Zulässigkeit und Grenzen der denkbaren verschiedenen Rechtsfolgen bei unwirksamen Klauseln

1. Überblick

Endgültigen Aufschluß über die Möglichkeit, mittels (1) Teilung von "eigenständigen" AGB, (2) geltungserhaltender Reduktion, (3) Anpassung an die Vertragsnatur und das Leitbild der Verkehrsauffassung, (4) ergänzender Vertragsauslegung, (5) Lückenfüllung gem. § 6 Abs. 2 oder (6) Geschäftsgrundlageregeln, die Rechtsfolgen nichtiger AGB-Klauseln zu bestimmen, gibt die Darstellung der verschiedensten Wertungskriterien.

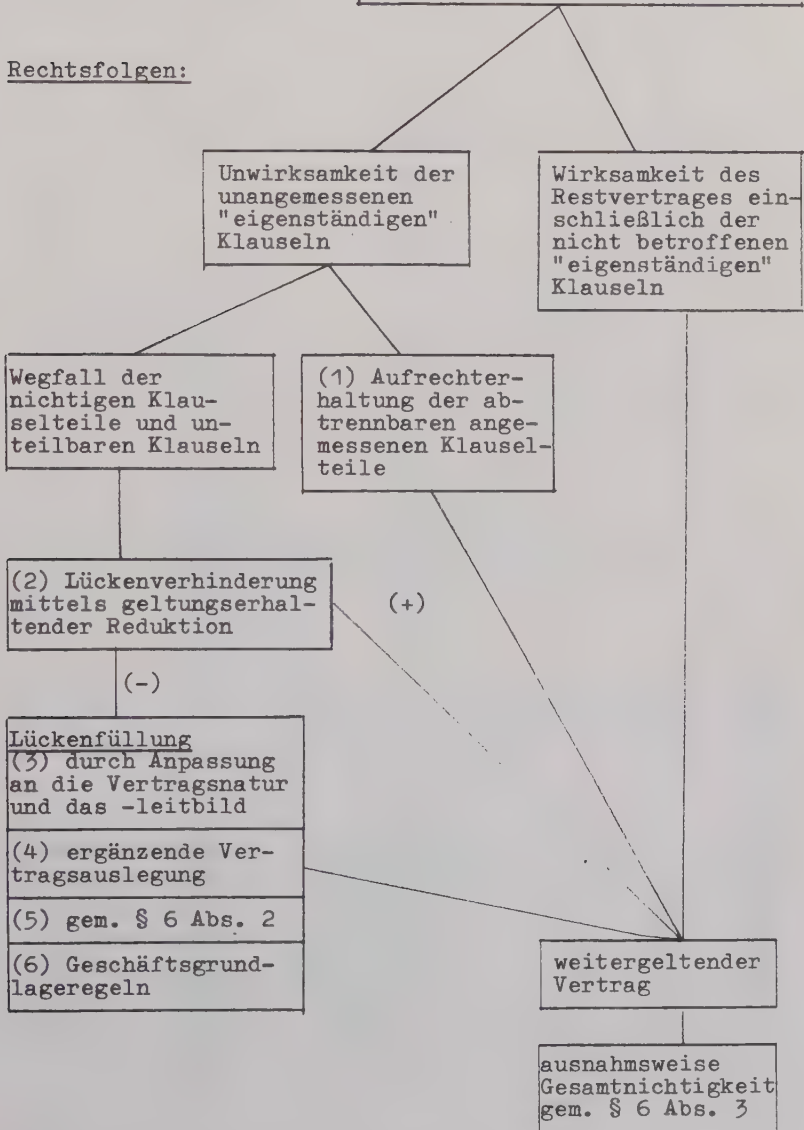
Vorab mögen zwei Übersichtsskizzen die Einordnung der verschiedenen Wege in das Rechtsfolgensystem erleichtern.

a) Individualverfahren

Ausgangspunkt:

Ursprungsvertrag mit AGB, von denen eine (oder mehrere) "eigenständige" Klauseln gegen die §§ 9 - 11 verstoßen

Rechtsfolgen:



b) abstraktes Kontrollverfahren

Ausgangspunkt:

gegen §§ 9 - 11 verstoßende AGB

Rechtsfolge:

Unwirksamkeit der unangemessenen
"eigenständigen" Klauseln

(1) Unterlassungsgebot
hinsichtlich der abtrenn-
baren unangemessenen
Klauselteile und der un-
teilbaren Klauseln

Darlegung einer angemessenen Form

Klageabweisung in Bezug
auf die angemessenen
Klauselteile

(2) im Wege geltungs-
erhaltender Reduktion

(3) durch Orientierung an
Vertragsnatur und -leitbild

(4) mittels Hinweise
auf zulässige Gestaltung

2. Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln und § 9

Ausgangspunkt der Prüfung ist die zentrale Vorschrift des § 9. Ihre Entstehungsgeschichte läßt Rückschlüsse auf die Intention des Gesetzgebers zu: das Streben nach einem angemessenen Interessenausgleich und der Gedanke der Mißbrauchsabwehr.

a) Die Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, der darauf aufbauende Referentenentwurf und der Regierungsentwurf wollten den "Mißbrauch der Privatautonomie"¹⁾, die "einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit"²⁾, die "Verdrängung des dispositiven Rechts durch wirtschaftliche Übermacht"³⁾ und die "Überforderung rechtsgeschäftlicher Verantwortungsfähigkeit"⁴⁾ verhindern. Sie sahen das freie Aushandeln von Verträgen nicht mehr gewährleistet. Ihre gemeinsame Forderung lautete: Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs.

Demgemäß heißt es bei der Arbeitsgruppe in § 6 Abs. 1 (der dem heutigen § 9 Abs. 1 entsprechenden Regelung): "Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur wirksam, wenn sie unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts die beiderseitigen Interessen angemessen ausgleichen"⁵⁾.

Die Inhaltskontrolle solle nicht darauf beschränkt sein, die mißbräuchliche Durchsetzung einseitiger Belange durch den Aussteller zu unterbinden. Es gehe nicht allein um

1) Erster Teilbericht S. 35; RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 9

2) Erster Teilbericht S. 35; RefE. DB 1974, Beilage 18/74, S. 4

3) RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 9, 22

4) RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 9

5) Erster Teilbericht S. 26

die Eliminierung mehr oder weniger krasser Mißstände. Vielmehr sei der gemeinsame Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien Richtschnur. Unter Hinweis auf das im Grundgesetz verankerte Sozialstaatsprinzip betont die Arbeitsgruppe, daß in weiten Bereichen des täglichen Lebens Verträge mit dem Endverbraucher nicht mit Hilfe von AGB zu Ungunsten des Verbrauchers ausgestaltet werden dürften⁶⁾. Der im Vordergrund stehende Grundsatz der Ausgewogenheit wird durch die Beweislastregel - Zweifel an der Angemessenheit gehen zu Lasten des Verwenders - noch einmal besonders hervorgehoben.

Der Referentenentwurf wiederholt diesen Ausgangspunkt. Auch er betont, daß es nicht nur um das Ausscheiden mehr oder weniger krasser Mißstände gehe, sondern der von Gesetzes wegen zu erreichende Interessenausgleich Maßstab der Inhaltskontrolle sein müsse⁷⁾.

Der Regierungsentwurf übernimmt in § 7 die Fassung des Referentenentwurfs und des Ersten Teilberichts. Das Angemessenheitskriterium wird durch das Gebot von "Treu und Glauben" ergänzt. Die gesonderte Beurteilung nach § 242 BGB bewirke, daß nicht jede für den Vertragspartner unbequeme oder nachteilige Gestaltung unangemessen sei. Erforderlich sei vielmehr eine Benachteiligung von einigem Gewicht⁸⁾.

Grundlage dieser Positionen ist die auch in der Grundsatzentscheidung des BGH vom 19. Oktober 1956 enthaltene Annahme, daß "für den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen immanente Schranken" gegeben sind⁹⁾.

6) Erster Teilbericht zu § 6 Abs. 1, S. 53

7) Begründung zu § 6 Abs. 1, DB 1974, Beilage 18/74, S. 10

8) Begründung zu § 7 Abs. 1, BT-Drucks. 7/3919, S. 22

9) Z 22, 90, 94

Durch sie werde die Vertragsgestaltungsfreiheit beschränkt, um die Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten und sicherzustellen¹⁰⁾. Wie es bei den gesetzlichen Dispositivnormen zumindest vom idealtypischen Ansatz her der Fall sei, sollten auch die durch AGB gestalteten Vertragsinhalte insgesamt einen angemessenen Interessenausgleich verkörpern. Das AGBG sei für den Bürger der Gewährleistungsträger der Vertragsfreiheit. Er stelle die Ordnungsfunktion des geschriebenen Rechts, insbesondere des BGB wieder her¹¹⁾. Anstelle der "privaten Gesetzgebung" für die Masse der Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens träten klare und meßbare Normen, die inhaltlich und sozial ausgewogen seien und dadurch trotz wirtschaftlicher Ungleichheit die Vertragsfreiheit garantierten¹²⁾.

Auch Dietlein hält es für erforderlich¹³⁾, nicht allein den Mißbrauch zu verhindern, sondern bei grundsätzlicher Wahrung der Vertragsautonomie die durch das öffentliche Interesse an allgemeiner Vertragsgerechtigkeit bestimmten Grenzen aufzuzeigen. Schmude¹⁴⁾ sieht im Bereich der AGB geradezu ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit, durch Eingriff in den formalen Bestand der Vertragsfreiheit und Beschränkung der beliebigen Verwendbarkeit von AGB dem Sozialstaatsprinzip Geltung zu verschaffen. Nur so könne die Vertragsfreiheit von den tatsächlichen Beschränkungen befreit und ein Mindestgehalt an Vertragsgerechtigkeit gewährleistet werden.

10) So auch Löwe BB 1974, 1033, 1035

11) Löwe, Festschrift Larenz, S. 373, 376

12) Löwe, Festschrift Larenz, S. 373, 383

13) NJW 1974, 969, 970

14) Festschrift Ballerstedt, S. 481, 493

Kern dieser verschiedenen Ansichten ist mithin, daß die Inhaltskontrolle die Vertragsgerechtigkeit wieder herstellen soll. Dazu bedarf es zunächst des abstrakten Aufzeigens der immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit. Das ist durch die bisherige Rechtsprechung, die jetzige Generalklausel und durch die Kataloge geschehen. Um für die Zukunft eine angemessene Berücksichtigung der beiderseitigen Vertragsinteressen und der Vertragsfreiheit zu sichern, müßten die Gerichte im konkreten Einzelfall die genauen Grenzen herausarbeiten.

b) Die so begründete Inhaltskontrolle zur Kompensation eines etwaigen Verlustes an Vertragsfreiheit kann ihre theoretische Grundlage im institutionellen Rechtsdenken finden: Die Wertmaßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Normen ergeben sich nicht allein aus der Abgrenzung der Rechtssphäre der am Vertrag beteiligten Individuen. Es reicht nicht aus, die subjektiven Rechte der Partner gegenüberzustellen und sie vor Eingriffen zu schützen, ansonsten aber Verträge zu sanktionieren, die im herrschaftsfreien Raum zur selbstverantwortlichen Regelung ihrer Beziehung geschlossen werden. Vielmehr wird die Wirklichkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse erst richtig erfaßt, wenn man erkennt, daß das Individuum nicht autonom ist, sondern ein Teil eines Beziehungsgeflechts innerhalb verschiedener Gruppen. Das Leben innerhalb der Gemeinschaft läßt Handlungsschemata und auf Dauer angelegte Beziehungsformen erkennen. Diese werden von der Soziologie als Institutionen bezeichnet¹⁵⁾. Die Rechtsordnung teilt folglich dem einzelnen nicht nur subjektive Rechte zu und sichert nicht nur seinen Handlungsspielraum. Vielmehr schließt sie sich

15) So Raiser, Institutionenschutz S. 145, 147; Rechtssoziologie S. 92 ff.

weitgehend an die im sozialen Leben gefundenen Institutionen an. Sie regelt das Zusammenleben in der Rechtsgemeinschaft und strukturiert. Sie spiegelt die vorgefundenen Verhältnisse wider, festigt sie oder verändert sie u. a. durch Normen und schafft so neue Beziehungsformen. So werden Verhaltensregeln für typisch wiederkehrende Situationen geschaffen und damit kraft objektiven Rechts die das gesellschaftliche Leben durchziehenden Institutionen gesichert und entfaltet¹⁶⁾. Orientierungsnormen sind die Grundrechte. Sie liegen als Maßstäbe der durch den Gesetzgeber geschaffenen Ordnung zugrunde¹⁷⁾. Bei der durch das AGB geschaffenen Inhaltskontrolle handelt es sich deshalb nicht um eine "Gefühlsäußerung" im Sinne subjektiver, wesentlicher Interessenwertung. Vielmehr werden im Gesetz objektiv justitiable Bewertungskriterien verankert. An diese sind die Gerichte im Interesse rechtsstaatlicher Berechenbarkeit, Vorhersehbarkeit und intersubjektiver Überprüfbarkeit der Entscheidungen gebunden¹⁸⁾.

c) Welche Konsequenzen ergeben sich von diesem Ausgangspunkt aus für die Rechtsfolgen bei festgestellter Unwirksamkeit?

Es muß Aufgabe der Gerichte sein, die im Einzelfall gerechte Regelung festzulegen. Den angemessenen Interessenausgleich hat der Richter zu bewerkstelligen. Dazu reicht der Rückgriff auf dispositives Recht selten aus. Denn dem Verwender ist das Recht eingeräumt, von seiner Vertragsgestaltungsmöglichkeit in den AGB Gebrauch zu machen. Ein Blick auf die Klauselkataloge zeigt, ob er

16) Raiser, Institutionenschutz S. 145, 147

17) Häberle S. 51 ff., 56 f., 96 ff.

18) Säcker S. 219 f.

den "Scheitelpunkt auf dem schmalen Bergkamm" des angemessenen Interessenausgleichs überschritten hat. In den Klauselkatalogen sind vom Standpunkt des institutionellen Rechtsdenkens aus nicht vornehmlich Zulässigkeitsgrenzen fixiert, sondern neue Gerechtigkeitsvorstellungen für den AGB-Bereich festgeschrieben. Diese weichen vom BGB ab und müssen (sofern keine anderen Wertungen entgegenstehen) als die spezifischen Regelungen den dispositiven BGB-Normen vorgehen.

Bei Verstößen gegen § 9 hat das Gericht unter Beachtung der Natur des Vertrages und des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes interessengerechte Regelungen zu schaffen. Des Rückgriffs auf das BGB bedarf es dabei kaum.

Institutionelles Rechtsdenken spricht somit für die Zulässigkeit von Teilbarkeit, geltungserhaltender Reduktion und die anderen Wege der Lückenfüllung. Demgegenüber sind Lückenschließung mittels dispositiven Rechts und ersatzloser Wegfall der unwirksamen Regelung mit dem Streben nach angemessenem Interessenausgleich nur selten vereinbar.

d) Der dem institutionellen Rechtsdenken entsprechende § 7 des Regierungsentwurfs ist jedoch nicht Gesetzestext geworden. Die CDU/CSU-Fraktion setzte dem Konzept auf der Grundlage eines vom Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen unterbreiteten Vorschlags eigene Maßstäbe entgegen. Die dort unter § 7 gefaßte Generalklausel lautet in Abs. 1:

"Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie demjenigen, der sie dem Vertrag zugrunde gelegt hat, entgegen den Anforderungen, die Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte an die ausreichende Berücksichtigung auch der Interessen des anderen Vertragspartners stellen,

einen unangemessenen Vorteil schaffen sollen"¹⁹⁾.

ABG sollten nicht bereits dann unwirksam sein, wenn sie das Gebot einer ausgewogenen, die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Vertragsgestaltung nicht erfüllen. Es komme vielmehr auf die einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung von erheblichem Gewicht an²⁰⁾.

Gemeint ist der Mißbrauch der Vertragsfreiheit. Um jedoch sicherzustellen, daß anhand objektiver Kriterien geprüft wird und subjektive Gesichtspunkte außer acht bleiben, verzichtet der Entwurf auf diesen Begriff.

Der Sache nach folgt dieser Entwurf dem Ansatzpunkt zahlreicher BGH-Entscheidungen, die die AGB-Inhaltskontrolle unter dem Gesichtspunkt der Mißbrauchsabwehr angehen²¹⁾. Der BGH betont, daß der Verwender beim Abfassen der AGB die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen habe. Verurteilt wird die mißbräuchliche Verfolgung eigener Interessen auf Kosten des Geschäftspartners. Der BGH beschränkt sich auf die Korrektur offenkundiger Ungerechtigkeiten.

Auch Kötz hat in seinem Gutachten zum 50. DJT auf das Mißverhältnis von Rechten und Pflichten der Parteien abgestellt²²⁾. Entsprechend der BGH-Linie nimmt er ein Mißverhältnis an, wenn ohne besonderen Grund erheblich von dispositiven Normen abgewichen wird.

19) CDU/CSU-E. BB 1974, Beilage 9/74, S. 2

20) CDU/CSU-E. BB 1974, Beilage 9/74, S. 8; BT-Drucks. 773200 S. 12

21) 11.11.1968, Z 51, 55, 59; 4.6.1970, Z' 54, 106, 109; 22.5.1968, NJW 1968, 1718, 1720

22) S. A 65 ff.; vgl. Bydlinski, Festschrift Kastner S. 45, 67, der für das österreichische Recht ebenfalls ein auffälliges Mißverhältnis fordert.

Die Formel von der Mißbrauchsabwehr enthält folgende Überlegung: Materielle Inhaltsschranken sollen die Vertragsfreiheit begrenzen²³⁾.

e) Schapp sieht darin die Verwirklichung eines liberalen Abgrenzungsdenkens²⁴⁾. Statt immanente Grenzen der Vertragsfreiheit aufzuzeigen, gehe es bei dieser Betrachtungsweise darum, von außen kommende Einschränkungen des Freiheitsbereichs zu unterbinden. Es soll verhindert werden, daß mit Hilfe ausgeklügelter AGB in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise rücksichtslos in den Freiheitsbereich eingedrungen wird.

f) Erste Konsequenz der Mißbrauchsabwehr ist, daß das Gericht nicht gehalten sein kann, eine gerechte Regelung herauszuarbeiten. Statt Angemessenheit herzustellen, muß der Richter Mißbrauch verhindern. Das geht zunächst durch das Ausscheiden der nichtigen Klausel. Ist aber auch deren ersatzloser Wegfall erforderlich? Sind Teilbarkeit, geltungserhaltende Reduktion oder andere Wege zur Lückenbeseitigung verschlossen? Das ist m. E. zunächst nicht der Fall. Der Mißbrauch wird primär dadurch verhindert, daß die vorgesehene Regelung wegfällt, unabhängig von den weiteren Rechtsfolgen.

Bei der Lückenverhinderung oder -füllung haben die Klauselkataloge eine andere Funktion als beim Regierungsentwurf. Im Rahmen der Mißbrauchsabwehr stellen sie äußere Grenzen und keine neuen, das dispositive Recht verdrängenden Gerechtigkeitsvorstellungen für den AGB-bereich dar. Sie können demgemäß nicht als Vorbild für

23) Neumann-Wedekind S. 63

24) DB 1978, 621

eine insgesamt angemessene Regelung dienen.

Entscheidend ist, ob die angestrebte Mißbrauchsabwehr durch die aufgezeigten Möglichkeiten der Lückenvermeidung und -füllung unterlaufen wird. Das kann namentlich bei der geltungserhaltenden Reduktion der Fall sein. Auch wenn subjektive Aspekte nach dem CDU/CSU-Entwurf keine Rolle spielen sollen und Mißbrauch beim Beachten der Grenzen noch nicht vorliegt, darf nicht übersehen werden, daß bei generellem Aufrechterhalten von Klauseln mit gerade noch zulässigem Inhalt der Umgang mit den AGB sorgloser würde.

Wer die gerade noch zulässigen Klauselgestaltungsmöglichkeiten nicht verliert, wird gleichsam herausgefordert, sich erst einmal gegenüber meist arglosen Kunden mehr Rechte als erlaubt vorzubehalten. Der Verwender wäre auch faktisch von der Pflicht befreit, den Klauselinhalt in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu bringen. Allein die Möglichkeit der Verbandsklage mag ihn davon abhalten. Folglich müßte geltungserhaltende Reduktion entweder vom Bemühen des Verwenders um das Beachten der Grenzen zulässiger Gestaltung abhängig gemacht werden oder/und angemessene und nicht gerade noch zulässige Regelungen präsentieren.

Beim Weitergelten von Klauselteilen besteht Mißbrauchsgefahr nicht. Denn die nicht der Inhaltskontrolle anheimfallenden Bestandteile überschreiten die Mißbrauchsgrenze nicht.

Die sonstigen Wege zur Rechtsfolgenbestimmung enthalten die Gefahr, daß der bewußt die Grenzen Mißachtende Regelungen erhält, die das für ihn Optimale enthalten.

g) Die endgültige Fassung von § 9 im Rechtsausschuß des Bundestages verwischt die klaren Ausgangspunkte. So soll zwar auch jetzt noch das Gebot des angemessenen Interessenausgleichs oberste Richtschnur für die Gestaltung vorformulierter Vertragsbedingungen sein, doch wurde befürchtet, daß die Anforderungen des Regierungsentwurfs zu streng seien. Dem Interesse des Rechtsverkehrs, die Wirksamkeit der Klauseln eindeutig und im voraus beurteilen zu können, trüge die Überbetonung des gerechten Ausgleichs nicht genügend Rechnung. Folglich rückten andere Kriterien in den Vordergrund. Der Gesetzestext näherte sich dem Gedanken der Mißbrauchsabwehr. § 9 sieht nunmehr AGB nur dann als unwirksam an, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders gegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dabei muß die Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht sein, um Unwirksamkeit nach sich zu ziehen. Der Spielraum des AGB-Stellers vergrößert sich. Nicht jede Benachteiligung führt zur Unwirksamkeit.

Die Begründung allerdings erklärt das Abrücken vom "angemessenen Interessenausgleich" zur "unangemessenen Benachteiligung" formal damit, daß es um den Schutz des Vertragspartners, nicht des Klauselverwenders gehe. Das Gesetz wolle einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch ihn schaffen²⁵⁾. Eine überflüssige Erwägung: Denn der Regierungsentwurf hat in seiner Begründung bereits dargelegt, daß es dem Verwender gem. § 242 BGB verboten sei, sich auf das Angemessenheitserfordernis zu seinen Gunsten zu berufen. Das sei ein widersprüchliches Verhalten²⁶⁾.

Es bleibt die Feststellung, daß der Gesetzgeber mit der Endfassung des § 9 näher zum Gedanken der Mißbrauchsabwehr

25) Rechtsausschuß zu § 9, BT-Drucks. 7/5422 S. 6

26) RegE. zu § 7, BT-Drucks. 7/3919 S. 23

gerückt ist²⁷⁾. § 9 knüpft an die aktuelle Rechtsprechung vor Verabschiedung des Gesetzes an. In einem Urteil vom 7. Juli 1976²⁸⁾ stellte der BGH heraus, daß AGB nur dann wirksam seien, wenn sie "eine dem Gesetz vergleichbare Güterabwägung enthalten und keine der Billigkeit widersprechende mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners bedeuten". Die Rechtsprechung schwankt zwischen institutionellem Rechtsdenken²⁹⁾ - Forderung nach einer dem Gesetz entsprechenden Güterabwägung - und der Formel von der Mißbrauchsabwehr³⁰⁾. Das zeigt, daß hier kein in sich schlüssiges Denk- und Interpretationsmodell vorliegt, sondern Einzelfallbeurteilung stattfindet.

Auch § 9 stellt einen nicht leicht zu systematisierenden Kompromiß dar. Denn Abs. 2 steht der eindeutigen Interpretation im Sinne liberalen Abgrenzungsdenkens entgegen. Zwar wurde die Fassung dem Abs. 1 angepaßt. Unwirksamkeit ist nicht stets beim Vorliegen der Voraussetzungen von Abs. 2 Nr. 1 und 2 gegeben. Vielmehr liegt nur im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung vor. Doch die nachfolgende inhaltliche Ausgestaltung stimmt weitgehend mit dem Vorschlag der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz überein³¹⁾. Bei der Bestimmung des

27) Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 9 RdNr. 9; Schapp, DB 1978, 621; Heinrichs NJW 1978, 1505

28) NJW 1976, 2345, 2346

29) Vgl. BGH 29.10.1956, Z 22, 90, 94 (angemessener Interessenausgleich)

30) BGH 11.11.1968, Z 51, 55, 58

31) Vgl. Erster Teilbericht zu § 6 Abs. 2 Nr. 1 und 2, S. 26

Tatbestandsmerkmals "unangemessene Benachteiligung" verwendet das AGBG in Abs. 2 Nr. 1 und 2 Wertungen, die auf einen angemessenen Interessenausgleich zugeschnitten sind.

So fordert Nr. 1, daß die Klauseln an den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, zu messen sind. Der Gerechtigkeitsgehalt dispositiven Rechts ist Richtschnur dieser Regelung³²⁾. Von der Ordnungs- und Leitfunktion der allgemeinen und besonderen gesetzlichen Regelungen sprachen auch die ersten Entwürfe³³⁾.

Auch Abs. 2 Nr. 2 spiegelt die Ansätze des ursprünglichen Vorschlags wider³⁴⁾. Zwar fehlte bereits im Regierungs-entwurf das zusätzliche Kriterium "von der Verkehrsauffassung geprägtes Leitbild"³⁵⁾, doch blieb es Ziel aller Überlegungen, zu verhindern, daß kardinale Rechte und Pflichten in einer Weise eingeschränkt werden, die den Vertragszweck gefährden³⁶⁾. An diesem Ziel hat der Gesetzgeber durch die Übernahme des Regierungsvorschlags festgehalten³⁷⁾.

Berücksichtigt man schließlich, daß es sich im Rahmen des § 9 empfiehlt, zunächst den Vermutungstatbestand des Abs. 2 zu untersuchen³⁸⁾, wird deutlich, daß auch der

32) Rechtsausschuß zu § 9, BT-Drucks. 7/5422 S. 6

33) Vgl. Erster Teilbericht S. 26, 55; RefE. § 6 DB 1974, Beilage 18/74, S. 2, 10; RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 23

34) Erster Teilbericht S. 26

35) RegE. § 7 Abs. 2 Nr. 1, BT-Drucks. 7/3919 S. 5

36) Erster Teilbericht S. 55 f.; RefE. DB 1974, 18/74 S. 10; RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 23

37) Vgl. Rechtsausschuß zu § 9, BT-Drucks. 7/5422 S. 6

38) Hensen JA 1981, 133, 139

jetzige Text institutionelles Rechtsdenken einschließt. Allerdings stellt § 9 Abs. 2 Nr. 2 keine die immanente Ausgestaltung der Vertragsfreiheit typisierende Norm dar. Mithin darf die Identität mit den Regierungsüberlegungen nicht überbewertet werden.

h) Als Ergebnis für die Bestimmung der Rechtsfolgen läßt sich unter Berücksichtigung von Wortlaut, Gesetzesgeschichte und Systematik des § 9 festhalten: Teilbarkeit, geltungserhaltende Reduktion, Orientieren an der Natur des Vertrages sowie dem von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbild, ergänzende Vertragsauslegung und Anpassung nach den Regeln vom Wegfall der Geschäftsgrundlage haben vor dem Hintergrund der angestrebten Mißbrauchsabwehr zu erfolgen. Diese ist verwirklicht durch Weitergelten des gerade noch Zulässigen. Daneben erlaubt § 9 auch auf einen "angemessenen Interessenausgleich" zielende Regelungen, falls andere Wertungskriterien dieses erfordern.

3. Rechtsfolgen nichtiger Klauseln und §§ 10 und 11

Möglicherweise lassen auch die Klauselkataloge Rückschlüsse für die Lückenverhinderung oder -füllung zu.

a) Ein Eingehen auf den Wortlaut führt nicht weiter. Er enthält allein die für unwirksam erachteten Gestaltungen.

b) Wichtiger ist die Gesetzesgeschichte. Aus ihr kann hervorgehen, ob neue Gerechtigkeitsvorstellungen niedergelegt werden sollten mit der Maßgabe, sie bei der Rechtsfolgenbestimmung zu verwirklichen.

Greift man die unterschiedlichen Ausgangspunkte bei der Generalklausel auf, drängt sich der Gedanke neuer Gerechtigkeitsvorstellung vom Standpunkt des institutionellen Rechtsdenkens aus auf. Denn nach § 9 sind Regelungen, die der Kontrolle gem. §§ 10 und 11 standhalten und auch nicht gegen § 9 verstoßen, Klauseln mit angemessenem Interessenausgleich, auch dann, wenn sie den Rahmen des Erlaubten voll ausschöpfen.

Hat sich an diesem Ergebnis durch die Aufnahme des Gedankens der Mißbrauchsabwehr etwas geändert? Auffallend ist zunächst, daß die Kataloge weitgehend unverändert aus dem Regierungsentwurf übernommen worden sind.

§ 10 Nr. 1, 2, 3, 4, 7, 8 stimmen fast wörtlich mit § 8 Nr. 1, 2, 3 a, b, 4, 5 des Regierungsentwurfs überein³⁹⁾. § 11 Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 a - f, 11, 12 b, c, 13, 14, 15 a, b, 16 entsprechen ebenfalls dem § 9 des Regierungsentwurfs.

In Nr. 12 a ist die Frist von einem auf zwei Jahre verlängert worden⁴⁰⁾.

Auch § 10 Nr. 5 und 6 gehen letztlich auf die Vorschläge der Arbeitsgruppe zurück⁴¹⁾.

Bezieht sich folglich die Tendenzänderung des § 9 nicht auf die Kataloge?

Die Notwendigkeit der Klauselkataloge wurde hauptsächlich damit begründet, daß die Generalklausel vor allem für die Handhabung im außergerichtlichen Bereich zu unbestimmt und allgemein gehalten sei⁴²⁾. So könne keine

39) Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 5

40) Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 5 ff.

41) Vgl. zur Gesetzesgeschichte Koch/Stübing § 10 Nr. 5 RdNr. 1; § 10 Nr. 6 RdNr. 1

42) RefE. DB 1974, Beilage 18/74, S. 10; RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 23

Rechtsklarheit und -sicherheit geschaffen werden.

Um dem Kunden eindeutige Hinweise geben zu können, hat die Arbeitsgruppe zunächst bekannte Rechtsprechung ausgewertet. Sie fand Gestaltungen heraus, die für den AGB-unterworfenen Teil eine besondere Gefahr darstellen. Dabei gelangte sie zu der Auffassung, gewisse Bedingungen seien wegen ihrer grundsätzlichen Gefährlichkeit oder Schädlichkeit schlechthin zu mißbilligen. Bei den in § 8 (heute § 11) zusammengefaßten Einzelverboten sei der Mißbrauch so evident, daß sich jede weitere Prüfung erübrige⁴³⁾.

Bei einer zweiten Gruppe von Klauseln schienen ihr Abstufungen möglich. Der Einzelfall müsse ergeben, ob unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts Unangemessenheit vorliege⁴⁴⁾. Justizministerium (Referentenentwurf) und Bundesregierung haben diesen Ansatzpunkt übernommen⁴⁵⁾. Auch die CDU/CSU erkannte das Bedürfnis, die Generalklausel konkret zu fassen. Um die Wirksamkeit von AGB besser beurteilen zu können, wollte sie in den §§ 8 - 23 Kriterien für die Unwirksamkeit modifizieren. Anknüpfungspunkte waren auch hier Rechtsprechung und Äußerungen im Schrifttum⁴⁶⁾. Im Unterschied zur Bundesregierung sah dieser Entwurf nur einen Katalog stets zu mißbilligender Klauseln vor, so daß eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall weder geboten noch statthaft gewesen wäre⁴⁷⁾.

43) Erster Teilbericht zu §§ 7 und 8, S. 56 f.

44) Erster Teilbericht zu §§ 7 und 8, S. 57

45) RefE. DB 1974, Beilage 18/74, S. 10 f.; RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 23 f.

46) CDU/CSU-E. BT-Drucks. 7/3200 S. 6, BB 1974, Beilage 9/74, S. 6

47) CDU/CSU-E. BB 1974, Beilage 9/74, S. 8

Im eigentlichen Gesetzgebungsverfahren ist man mithin nicht dem Vorschlag von Kötz gefolgt, "die dispositiven Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs daraufhin zu überprüfen, ob sie in zwingendes Recht umgewandelt werden sollten"⁴⁸⁾. Ebenso wenig hat der Gesetzgeber (mit Ausnahme von § 476 a BGB) die Erweiterung durch neue zwingende Normen in Betracht gezogen⁴⁹⁾. Diese Entwicklung verdeutlicht, daß von Anfang an gefährliche und schädliche Regelungen ausgeschieden werden sollten. Es ging um das Aufzeigen von Grenzen, die in keinem Fall überschritten werden sollten, nicht aber darum, die einzig interessengerechte Regelung zu verankern.

Damit stehen die Klauselkataloge im Widerspruch zur Ursprungsidee der Generalklausel und passen eher zum Gedanken der Mißbrauchsabwehr. Sie enthalten keine neuen Gerechtigkeitsideale.

c) Die Systematik unterstützt diese Ergebnisse. Da die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 10 in gleicher Weise wie in § 9 auszufüllen sind, hat das Abrücken vom angemessenen Interessenausgleich auch hier Auswirkungen. Der Wertungsspielraum ist erweitert worden. Rückschlüsse auf das einzig Angemessene sind nicht möglich. Was für § 10 gilt, trifft wegen des engen Sachzusammenhangs ebenfalls für § 11 zu.

d) Auch das Abstellen auf Sinn und Zweck der Kataloge zeigt, daß das allein Angemessene und Interessengerechte nicht fixiert worden ist. Dafür scheint zwar zu sprechen,

48) Gutachten zum 50. DJT A 68

49) Kötz hatte eine im jetzigen § 11 Nr. 7 enthaltene Regelung als Neufassung des § 276 Abs. 2 BGB vorgeschlagen: "Die Haftung wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden". (Gutachten zum 50. DJT, A 72)

daß die weitgehend auf das Handwerk zugeschnittenen Regelungen des BGB aus dem 19. Jahrhundert nur beschränkt geeignet sind, den Massengeschäften des 20. Jahrhunderts eine tragfähige Basis zu geben und das AGB-Gesetz geschaffen worden ist, um neu entwickelte Vertragstypen zu ordnen. Wenn dann neue Regelungen getroffen werden⁵⁰⁾, zeigen sich darin auch die aktualisierten Gerechtigkeitsmaßstäbe des Gesetzgebers.

Jedoch beziehen sich die Kataloge nur auf den Inhalt von AGB und Formularverträgen, sind mithin nicht wie das BGB allgemein als Vertragsgerechtigkeitsmodelle anzusehen. Daraus, daß Grenzen gesteckt werden sollen, folgt gerade nicht das Gebot, diese auch immer voll auszuschöpfen.

Die Kataloge wollen die den dispositiven Vertragsregeln des BGB zugrundeliegenden Gerechtigkeitsmaßstäbe davor schützen, durch unangemessene Klauseln verdrängt zu werden⁵¹⁾.

Über das bei § 9 Gesagte hinaus ergeben sich für die Rechtsfolgenbestimmung keine neuen Erkenntnisse.

4. Allgemeine Wertungskriterien bei der Bestimmung der Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln

Bei der Interpretation von § 6 und der Betrachtung der Inhaltskontrollvorschriften, §§ 9 - 11, hat sich gezeigt,

50) Vgl. bspw. zu §§ 10 Nr. 1 und 10 Nr. 2 den Überblick zum Gesetzgebungsverfahren bei Dietlein/Rebmann. Anhang zu § 10 Nr. 1 und § 10 Nr. 2 sowie § 11 Nr. 16 im Vergleich zum Urt. des LG Freiburg 12.11.1971 JZ 1973, 90 f. mit abl. Anm. von M. Wolf, JZ 1973, 92

51) Vgl. Kollhosser JA 1979, 263, 264; Dietlein JZ 1977 637, 639

daß abschließende Urteile über Zulässigkeit und Grenzen der Teilbarkeit von Klauseln, geltungserhaltender Reduktion, Anpassung an Vertragsnatur und -leitbild, ergänzende Vertragsauslegung, Lückenfüllung gem. § 6 und Geschäftsgrundlageregeln ohne Erkennen der Zielvorstellungen des AGBG und der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts nicht möglich sind.

Diese Kriterien ergeben sich aus den Zwecken, die der Gesetzgeber neben den bereits dargestellten Grundsätzen - Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs und Mißbrauchsabwehr - verfolgt hat.

In Rechtsprechung und Literatur wird ein ganzes Bündel von Wertungen diskutiert: Transparenzerfordernis⁵²⁾; Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs⁵³⁾; ernsthaftes Bemühen um Regelungen, die Bestand haben⁵⁴⁾; Risiko der Gesetzmäßigkeit von AGB⁵⁵⁾; normative Prävention⁵⁶⁾; Verbot des Neuschreibens des Vertragsinhalts⁵⁷⁾;

-
- 52) Palandt/Heinrichs (37. und 38. Aufl.) Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Kötz NJW 1979, 785, 788; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 23; Locher S. 60, P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2028; BGH 17.5.1982, WM 1982, 871, 873; OLG Hamm 9.10.1981, BB 1982, 455
- 53) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 15; Schmidt-Salzer F 56
- 54) Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 16; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 12; Locher S. 61
- 55) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; Larenz AT § 29 a III d S. 524; E. Schmidt JA 1980, 401, 404 r. Sp.; Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 9 RdNr. 93; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871; 7.10.1981, WM 1981, 1354, 1356; OLG Hamm 27.2.1981, DB 1981, 1227, 1229
- 56) Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Lindacher AcP, Bd. 173, 124 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 25; vgl. aber auch Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 9 RdNr. 93
- 57) Schmidt-Salzer F 65

Wiederherstellung des BGB durch das AGBG⁵⁸⁾; Unzulässigkeit richterlicher Vertragshilfe⁵⁹⁾; kein Unterlaufen der durch § 21 angestrebten Breitenwirkung⁶⁰⁾; kein risikoloses Operieren mit unzulässigen Bedingungen⁶¹⁾; usw.

Diese Wertungsvielzahl zeigt wie bereits die Entstehung der §§ 6 und 9: Das AGBG ist ein Produkt vielfältiger Kompromisse. Das erleichtert die Annahme verschiedenster Schutzzwecke. Selbst dann, wenn man bestimmte Tendenzen herausarbeitet, die allgemein anerkannt sind, folgen daraus nicht zwingende Lösungen. So lassen sich z. B. aus der Wertung des Gesetzes als Reaktion des Gesetzgebers auf das Machtgefälle zwischen Verwender und Vertragspartner⁶²⁾ und daraus, daß den typischerweise mit dem Stellen von AGB verbundenen Gefahren entgegengetreten werden soll⁶³⁾, nicht zwingend Schlüsse für die Teilbarkeit, geltungserhaltende Reduktion usw. ziehen.

a) Transparenzerfordernis

Zu den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken gehört, daß "die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wieder

-
- 58) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Einleitung RdNr. 5; § 6 RdNr. 2
- 59) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 27; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; BGH 22.3.1979, NJW 1979, 2095; 17.5.1982, WM 1982, 871, 873; OLG Braunschweig 28.2.1980, AGBE I § 6 Nr. 5; OLG Düsseldorf 31.1.1980 WM 1980, 1128, 1129; 26.11.1981, DB 1982, 220
- 60) Stein § 6 RdNr. 13; § 5 RdNr. 12; Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8
- 61) Kötz NJW 1979, 785, 789; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8
- 62) E. Schmidt JA 1980, 401, 402; Reich ZRP 1974, 187, 188
- 63) Ulmer/Brandner/Hensen Einleitung RdNr. 22 m.w.N.

fest auf dem Boden des nach dem BGB maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Willens verankert wird⁶⁴⁾. Deshalb schreibt § 2 vor, dem Vertragspartner den Inhalt der Bedingungen zugänglich zu machen. Erst wenn er auf sie hingewiesen worden ist und die Möglichkeit hatte, in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, kann er sein Einverständnis erklären⁶⁵⁾.

aa) Dazu muß der Text zunächst formale Mindestanforderungen erfüllen: Verwendung der deutschen Sprache, mühe-lose Lesbarkeit durch drucktechnische Gestaltung, die den Gebrauch einer Lupe erübrigt⁶⁶⁾.

Die Klauseln müssen auch inhaltlich klar sein. Der Vertragspartner muß nach zumutbaren Anstrengungen verstehen können, was geregelt ist. Entscheidend sind dabei nicht die persönlichen Fähigkeiten des Kunden. Vielmehr ist ein Durchschnittsmaßstab anzulegen⁶⁷⁾. Widersprüche und häufige Regelungsüberschneidungen stehen dem Verständnis entgegen. Ebenso kann die Klausel wegen Unübersichtlichkeit, fehlender Gliederung oder Verweisungen auf Gesetzesparagrafen unklar bleiben⁶⁸⁾.

64) RegE. BT-Drucks. 7/3939 S. 13

65) Kötz NJW 1979, 785, 789

66) RegE. BT-Drucks. 7/3919 S. 18; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 2 RdNr. 19; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 2 RdNr. 58; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG RdNr. 28; Dietlein/Rebmann § 2 RdNr. 5; MünchKomm/Kötz § 2 AGBG RdNr. 74; Koch/Stübing § 2 RdNr. 32; Ulmer/Brandner/Hensen § 2 RdNr. 54; Stein § 2 RdNr. 22; Hadding-StudK § 2 AGBG Anm. 3; Erman/H. Hefermehl § 2 AGBG RdNr. 10

67) BGH 10.12.1980, WM 1981, 244 r. Sp.; 26.10.1977, WM 1978, 10; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 51

68) Ulmer/Brandner/Hensen § 2 RdNr. 52; Stein § 2 RdNr. 22; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 2 RdNr. 59 ff.; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG RdNr. 27 ff.

Rechtsfolge fehlender formaler oder inhaltlicher Klarheit ist die Nichteinbeziehung in den Vertrag⁶⁹⁾.

bb) Heinrichs hat aus diesem Transparenzgebot die Totalnichtigkeit und die ersatzlose Streichung von unwirksamen Klauseln hergeleitet⁷⁰⁾. Auch inhaltlich unzulässige Klauseln verstießen gegen das Transparenzgebot. Denn das AGBG wolle den Rechtsverkehr von Störungen durch unwirksame Bedingungen freihalten⁷¹⁾. Deshalb habe der Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit **einseitig** in Anspruch nehme, auch für angemessene Klauseln zu sorgen. Der dieses Gebot Mißachtende sei nicht schutzwürdig. Eine Reduktion auf einen gerade noch zulässigen Inhalt begünstige ihn zu Unrecht.

Auch der BGH sieht es als Gesetzesziel, auf einen angemessenen Inhalt der im Rechtsverkehr verwendeten Klauselwerke hinzuwirken⁷²⁾. Denn der Kunde müsse sachgerecht über die sich aus dem vorformulierten Vertrag für ihn ergebenden Rechte und Pflichten informiert werden.

69) Vgl. dazu AG Gießen 27.5.1975, NJW 1975, 1929: Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Inhalts, daß der Verkäufer "unbedingten Anspruch auf Berichtigung von Preisirrtümern und Berechnungsfehlern" hat, ist mangels Bestimmtheit unwirksam. Schlösser/Coester-Waltjen/Graba § 2 RdNr. 57; Stein § 2 RdNr. 22; M. Wolf JZ 1975, 465, 468; a. A. Dietlein/Rebmann § 2 RdNr. 5; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 2 RdNr. 5: Danach sollen unklare oder unverständlich formulierte Klauseln zwar einbezogen, dann aber gem. § 5 zu Lasten des Verwenders ausgelegt werden.

70) Vgl. Palandt/Heinrichs (37. und 38. Aufl.) Vorb. 3 b v. § 8 AGBG, ab der 39. Aufl. begründet er das Ergebnis vor allem mit dem Vergleich zum abstrakten Kontrollverfahren, vgl. Vorb. 3 b v. § 8 AGBG

71) Rechtsausschuß zu § 13, BT-Drucks. 7/5422 S. 10; Palandt/Heinrichs (37. und 38. Aufl.) Vorb. 3 b v. § 8 AGBG

72) 17.5.1982, WM 1982, 871, 873

Und das ließe sich bei Aufrechterhaltung beanstandeter Klauseln mit reduziertem Inhalt nicht erreichen. Denn dann formuliere der Verwender zunächst nur ungefähr angemessene Regelungen. Der Kunde würde mit überzogenen Klauseln konfrontiert. Erst im Prozeß erführe er zuverlässig den Inhalt seiner Rechte und Pflichten.

P. Ulmer argumentiert ähnlich. Entfalle das Risiko der Totalnichtigkeit, verzichtete man gegenüber dem Verwender auf den Anreiz, selbst für eine bereinigte Regelung zu sorgen⁷³⁾. Demgegenüber ist E. Schmidt der Ansicht, daß der Gesetzgeber dann, wenn er den Verwender zum Aufstellen generell gesetzestreuer AGB hätte zwingen wollen, die Unwirksamkeit einer Einzelklausel zum Anlaß hätte nehmen können, das gesamte Klauselwerk zu verwerfen. Dieser rechtspolitisch vertretbare Weg sei aber gerade nicht beschritten worden⁷⁴⁾. E. Schmidt übersieht dabei, daß der Kunde meistens selbst Interesse am Vertrag und an anderen Klauseln hat und ihm wenig gedient wäre, wenn bei erfolgreichem Angriff auf eine Regelung das gesamte Formularwerk entfielen.

Zunächst leuchtet das Erfordernis einer Wirksamkeits-
transparenz ein. Denn aus der Sicht des Kunden besteht kein Unterschied zwischen unklaren und unwirksamen Klauselinhalten.

Das gilt einmal bezüglich der Einbeziehung, die tatsächliche Kenntnisaufnahme nicht erfordert. Der Verwender muß nur die Möglichkeit dazu anbieten. Ob sie wahrgenommen wird, ist für die Geltung innerhalb des Individualvertrages bedeutungslos. Ansonsten hätte das

73) NJW 1981, 2025, 2028 r. Sp.; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 23; so auch OLG Hamm 9.10.1981, NJW 1982, 283, 284 m.w.N.

74) JA 1980, 401, 403 r. Sp.

Gesetz vorsehen müssen, das Bedingungsmerk so rechtzeitig vorzulegen, daß der Kunde es vor Vertragsabschluß durcharbeiten kann⁷⁵⁾. Die eigentlich realistische Funktion der Kenntnismöglichkeit ist daher, den Vertragspartner in die Lage zu versetzen, im Konfliktfall bzw. ganz allgemein bei der Vertragsabwicklung mühelos den Text zur Verfügung zu haben. Dabei macht es kaum einen Unterschied, ob der Kunde die Klauseln nicht lesen, nicht verstehen kann oder ob sie unwirksam sind. Unwirksame Regelungen geben keine richtige Auskunft, die als Verhaltensrichtlinie dienen kann, mögen sie formal und inhaltlich noch so klar gefaßt sein⁷⁶⁾. Auch wird der Vertragspartner möglicherweise sogar in die Irre geleitet. Der dadurch ggf. entstehende Schaden ist durch vertragliche Sekundäransprüche⁷⁷⁾ zu regeln.

Für den vorliegenden Fragenkreis kommt es darauf jedoch nicht an. Entscheidend ist die Vergleichbarkeit von Wirksamkeitstransparenz und formaler sowie inhaltlicher Klarheit.

cc) Der Rechtsfolgenvergleich zu Bedingungen, die mangels formaler oder inhaltlicher Transparenz nicht Vertragsbestandteil werden, gibt keinen Aufschluß. Denn auch hier bestimmt § 6, was anstelle der nicht Vertragsinhalt gewordenen AGB gelten soll. Dabei sind ebenfalls die

75) Staudinger/Schlosser § 2 AGBG RdNr. 26; vgl. aber auch die von Lindacher geforderten Zusatzvoraussetzungen bei auf Primärverhaltenssteuerung und Bewußtmachung negativer Rechtsfolgen angelegten Klauseln, JZ 1981, 131

76) Das tut Locher (S. 60) zu leicht ab.

77) Vgl. dazu Palandt/Heinrichs Vorb. z. c. v. § 8 AGBG, wonach das Stellen unwirksamer Klauseln nach den Grundsätzen über die c.i.c. zum Schadensersatz verpflichtet; vgl. auch Koch/Stübing § 9 RdNr. 3; Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 54; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Vorb. §§ 8 - 11 RdNr. 33; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba Vorb. zu §§ 9 - 11 RdNr. 18

auftretenden Regelungslücken zu schließen. Dazu reicht der Rückgriff auf das dispositive Recht nicht immer aus. So sind bei atypischen Formularverträgen, etwa Automaten-aufstellverträgen, Gestaltungen denkbar, bei denen Klauselteile den formalen Anforderungen entsprechen, andere zu klein gedruckt, unübersichtlich angeordnet, unklar gegliedert sind. Zur Lückenfüllung bedarf es dann regelmäßig der Anpassung an das Leitbild der Verkehrsauffassung oder der ergänzenden Vertragsauslegung⁷⁸⁾. Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion kommen mangels Einbeziehung allerdings nicht in Betracht.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß diese Möglichkeiten auch bei unangemessenen Klauseln ausscheiden. Vielmehr zeigt sich, daß die Behandlung der Rechtsfolgen unter dem Stichwort Wirksamkeitstransparenz verbunden mit einer Zuordnung zu § 2 nicht paßt. Klauseln, die wegen ihres überzogenen Inhalts nicht gelten, sind ausschließlich der Inhaltskontrolle zuzuordnen. Nur so kann die Parallele zum abstrakten Kontrollverfahren erhalten bleiben⁷⁹⁾.

Möglicherweise kann der Transparenzgedanke als solcher zur Festlegung der Rechtsfolgen beitragen. Wird Geltung des dispositiven Rechts angestrebt, müßte der Vertragspartner des Verwenders das gesetzliche, dem geschriebenen Recht entsprechende Leitbild vor Augen haben und eine Abänderung durch AGB als dessen Modifizierung

78) Vgl. auch P. Ulmer DNotZ. 1981, 84, 99 ff., der zu Recht bezweifelt, ob das ganz überwiegend aus dem 19. Jahrhundert stammende dispositive Recht auch heute noch in der Lage ist, einen gerechten Ausgleich zu schaffen.

79) Heinrichs begründet das Erfordernis der Wirksamkeitstransparenz nunmehr mit Hinweis auf § 13; vgl. Palandt/Heinrichs Vorb. 3 d. v. § 8 AGBG; Vorb. 2 v. § 13 AGBG

betrachten. Er müßte die Gerechtigkeitsvorstellungen und Vertragsinhalte vor allem des BGB als Grundlagen des Rechtsverkehrs auffassen und Klauseln als darauf aufbauend dulden. So entstünde durch die AGB ein neues, die ursprünglichen Vorstellungen verdrängendes Leitbild. Sind nun die getroffenen Regelungen wegen Unangemessenheit unwirksam, könnten die durch die Bedingungen verdrängten Regelungsinhalte des dispositiven Rechts wieder aufleben. Diese Klarheit würde durch Aufteilung, Reduzierung oder Ergänzung beseitigt. Denn nun träte eine dritte Regelung hinzu, die die Klarheit beim Vertragspartner völlig zerstörte. Es fehlten ihm die Wertungsgesichtspunkte, die zu dieser Abänderung geführt haben. Das wäre mit dem Transparenzgebot, dem Streben nach inhaltlicher Verständlichkeit, nicht vereinbar.

Doch kann diese "Verwirrung" nur dann auftreten, wenn dem Kunden ein am dispositiven Recht orientiertes Leitbild vor Augen steht. Das aber gibt es nicht mehr. Die lange Tradition der AGB hat bewirkt, daß vielfach Erlaubtes mit gesetzlich Gebotenem gleichgesetzt wird. Z. B. sind aus Abweichungen vom und Weiterentwicklung des BGB neue Leitbilder entstanden. Dem trägt auch die Rechtsprechung Rechnung.

So wird beim Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen der Ausschluß der Gewährleistung geradezu als ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft angesehen, als allgemein üblich geduldet⁸⁰⁾ und neuerdings bei Inzahlungsgabe des Altwagens als stillschweigend vereinbart angesehen⁸¹⁾.

80) BGH 11.6.1979, WM 1979, 807 mit Erläuterung Witte JA 1979, 603; BGH 21.3.1966, NJW 1966, 1070, 1071; 8.10.1969, NJW 1970, 29, 31; 16.3.1977, NJW 1977, 1055; Ulmer/Brandner/Hensen Anh. zu §§ 9 - 11 RdNr. 434; Locher S. 108

81) Soweit es um Verschleißmängel geht, BGH 21.4.1982, NJW 1982, 1700

In den Verträgen über Wohnraum werden regelmäßig formularmäßig die Vorleistungspflichten des Vermieters abbedungen, dem Mieter kleinere Instandsetzungsarbeiten auferlegt und die Schönheitsreparaturen als seine Aufgabe vereinbart⁸²⁾.

Die Regelungen des Reisevertragsrechts, §§ 651 a - 651 k BGB sind ein lehrreiches Beispiel dafür, wie ein von der Praxis geprägtes Leitbild seine Anerkennung durch den Gesetzgeber erfahren hat und weiterentwickelt worden ist.

Hinzuweisen ist schließlich auf eine dem Urteil des BGH vom 5. April 1979 zugrundeliegende Fallgestaltung⁸³⁾.

Der Veräußerer eines kurz vor Vollendung stehenden Hauses hatte anstelle einer Gewährleistungshaftung den Erwerber ausschließlich auf die Ansprüche gegen die beteiligten Bauunternehmer und Handwerker verwiesen. Der BGH sieht darin eine unwirksame Klausel. Demgegenüber ist von verschiedenen Seiten in der Literatur der Ausschluß der eigenen Haftung als angemessen bejaht worden⁸⁴⁾.

Wenn aber vom Gesetz abweichende Leitbilder dem Kunden bekannt sind, dann erfordert Transparenz nicht Totalnichtigkeit und Geltung des positiven Rechts, sondern eher Anpassung an das allgemein Übliche und letztlich Erwartete. Unter diesem Gesichtspunkt hält der Nachprüfung eine Verknüpfung von Transparenz und ersatzlosem Streichen nicht stand.

82) Vgl. Schmidt-Futterer NJW 1976, 921, 922 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen Anh. §§ 9 - 11 RdNr. 512 ff.; s. aber auch OLG Hamm 27.2.1981, NJW 1981, 1049 mit Erläuterung Witte JA 1982, 86: das generelle Abwälzen von Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch AGB sei unzulässig.

83) WM 1979, 871

84) Brambring/Schippel NJW 1979, 1802, 1806 f.; Peters NJW 1979, 1820; Witte JA 1980, 309

dd) Die genaue Betrachtung zeigt, daß die Forderung nach Totalnichtigkeit mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des gegen §§ 9 - 11 verstoßenden Verwenders und mit der Risikoverteilung begründet wird⁸⁵⁾. Darin kommen Wertungen zum Ausdruck, die weiterer Begründung bedürfen. Der Hinweis auf die Wirksamkeitstransparenz allein reicht nicht aus.

ee) Nach den bisherigen Ergebnissen erübrigt sich eine ausführliche Diskussion der von Kötz⁸⁶⁾ abgelehnten Hinweispflicht des Verwenders auf inhaltlich unzulässige Klauseln. Auch Kötz vermag nicht zu erkennen, daß der Gesetzgeber den Verwender anhalten wollte, den Kunden darauf aufmerksam zu machen, daß (Einzel)Teile des Klauselwerks unwirksam seien. Soweit gehe das Transparenz-erfordernis nicht⁸⁷⁾. Dem Ergebnis ist zuzustimmen, nicht aber der Begründung. Denn nach Ansicht von Kötz wäre nicht mehr die Verwendung unangemessener Regelungen, sondern deren Verschweigen das Verbotene. Diese Sicht steht im Widerspruch zum Ziel des abstrakten Kontrollverfahrens, bereits die Verwendung und Empfehlung von AGB zu verhindern.

b) Gesetz zur Wiederherstellung des BGB

Löwe spricht sich für den ersatzlosen Wegfall der nichtigen Klausel und die Geltung dispositiven Rechts aus⁸⁸⁾.
S. E. ist im Regelfall der Wille des Vertragspartners

85) Vgl. Palandt/Heinrichs (37. und 38. Aufl.) Vorb. 3 b v. § 8 AGBG

86) Kötz NJW 1979, 765, 768

87) Vgl. auch Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 16

88) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 2

des Verwenders auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften gerichtet und nicht auf die Geltung einer auf ihr zulässiges Maß zurückgeführten Klausel⁸⁹⁾. Begründet wird diese Vermutung nicht. Sie leuchtet nicht ein. Denn gerade dann, wenn sich in der Praxis Leitbilder herausgebildet haben, die viele Laien nicht mehr vom dispositiven Gesetzesrecht unterscheiden können, ist die Annahme Löwes unzutreffend. Unschwer läßt sich das Gegenteil behaupten: Derjenige, der sich auf unwirksame Klauseln einläßt, ist erst recht bereit, weniger einschneidende Beschränkungen seiner Rechte hinzunehmen, insbesondere diejenigen, die das Gesetz zuläßt. Das zeigt, daß auf derart spekulativen Axiomen schwerlich fundierte Rechtsfolgenbestimmung aufzubauen ist.

M. E. begründet sich Löwes Ergebnis ganz anders. Er sieht im AGBG ein Gesetz zur "Wiederherstellung des BGB"⁹⁰⁾. Der Gesetzgeber habe die unüberschaubare Rechtsprechung und Literatur zu Einzelproblemen bereinigt und sich auch bei der Abfassung der Klauselkataloge überwiegend am BGB orientiert. So seien Maßstäbe entstanden, die dazu dienten, den Grundsatz der Vertragsfreiheit wieder herzustellen. Den Beteiligten solle ermöglicht werden, die Inhalte der Verträge weitgehend selbst zu bestimmen, indem die neuen Schranken dort eingriffen, wo nach den bisherigen Erfahrungen der AGB-Unterworfenen keine Möglichkeit hatte, einseitige Entrechtung zu erkennen oder

89) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 6 RdNr. 2; wenig hilfreich ist der Verweis auf Fischers Ausführungen in BB 1957, 481, 484. Fischer erwähnt eher beiläufig im Rahmen der Darstellung, daß die Nichtigkeit einer Bedingung nicht die Unwirksamkeit eines Liefergeschäfts und auch nicht die Nichtigkeit der übrigen Bestimmungen zur Folge habe, die Geltung der gesetzlichen Vorschriften. Wie Löwe auch Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8

90) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Einleitung RdNr. 5

oder zu verhindern⁹¹⁾. So wird das BGB als eine Art Muster für eine im großen und ganzen sachgerechte Regelung verstanden, von dem nur in bestimmtem Umfang abgewichen werden darf⁹²⁾. Daraus mag man den Schluß ziehen, daß beim Überschreiten der Grenze des Erlaubten das Muster wieder aufleben soll. Um das BGB wieder herzustellen können dann Lücken durch das auf einen Vertrag solcher Art anwendbare Gesetzesrecht geschlossen werden.

Auf diese Art gelangt man zum Ausgangspunkt § 6 Abs. 2 zurück. Doch die Erörterung dieser Norm hat bereits gezeigt, daß das dispositive Recht nicht ausreicht und häufig nicht sachgerecht ist, die Lücken zu schließen. Deshalb ist aus der Überlegung, Wertungen des BGB wieder herzustellen, für die Rechtsfolgenbestimmung allenfalls eine Tendenz zum dispositiven Recht herauszulesen.

c) Verbot des Neuschreibens von Vertragsinhalten

Die Weitergeltung des dispositiven Rechts läßt sich möglicherweise mit dem Verbot begründen, Vertragsinhalte neu zu schreiben⁹³⁾. Dieses Verbot hat der BGH in seiner Entscheidung vom 11. November 1968 zum Automatenaufstellvertrag ausdrücklich hervorgehoben. Er hat klargestellt, daß die Gerichte nicht befugt sind, die Rechte und Pflichten der Parteien neu festzuschreiben und ihnen eine für richtig gehaltene Vertragsgestaltung aufzudrängen⁹⁴⁾. Grund dafür war, daß eine Vielzahl von wesentlichen Formularteilen der Inhaltskontrolle nicht standgehalten hatte und der verbleibende Restvertrag deshalb nicht

91) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Einleitung RdNr. 4

92) Vgl. Larenz AT § 29 a S. 505

93) Vgl. Schmidt-Salzer F 65

94) Z 51, 55, 58

lebensfähig war. Wenn nun versucht worden wäre, den Rumpfvertrag zu vervollständigen, hätte das zu einer inhaltlichen Ausgestaltung geführt, die für die Vertragspartner nicht vorhersehbar und von ihnen nicht gewollt war. Konsequenterweise mußte deshalb der gesamte Vertrag für unwirksam erklärt werden. Wie dargestellt, gilt diese Rechtsprechung zu Torsoverträgen auch heute noch⁹⁵⁾.

Das hat Auswirkungen auf die hier zu erörternden Rechtsfolgen: Bei Aufteilung einer Klausel durch Streichen der unwirksamen Bestandteile wird nichts neu formuliert. Im übrigen liegt ebenso wie bei geltungserhaltender Reduktion, bei Anpassung an Vertragsnatur und -leitbild, ergänzender Vertragsauslegung und Anwendung der Geschäftsgrundlageregeln ein gewisses Neuschreiben vor. Doch wird durch diese Umgestaltung nichtiger Klauseln der Vertragscharakter nur selten geändert. Allerdings können gerade auf den Verwender unvorhergesehene und zumeist nicht gewollte Pflichten zukommen.

Das fordert jedoch nicht die Rückkehr zum dispositiven Recht. Denn auch bei Lückenfüllung anhand der dem Vertragstyp zugrundeliegenden Regelung kommt es häufig zu Ergebnissen, die vom Verwender nicht gewollt und zumeist von ihm auch gar nicht vorhergesehen worden waren. Denn er plante eine Abänderung der gesetzlich fixierten Rechte und Pflichten.

Die Diskussion des § 6 Abs. 2 hat gezeigt, daß der Gesetzgeber nicht nur diese Ausnahme vom Verbot des Neuschreibens des Vertrages vorgesehen hat.

95) Vgl. die Ausführungen zu § 6 Abs. 1 und Abs. 3 S. 103 ff., insb. 105, und Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 50; Staudinger/Schlosser § 6 RdNr. 22; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 4

Vielmehr war er sich der Notwendigkeit gewisser Änderungen bewußt. Deren Grenze bestimmt § 6 Abs. 3: Unzumutbare Härten sollen vermieden werden. Diese Grenze haben auch die anderen Lösungswege der Rechtsfolgenbestimmung zu beachten.

Richtigerweise ist das Verbot des Neuschreibens von Vertragsinhalten so zu verstehen: Erstens wird dem Richter eine bloße Faustregel an die Hand gegeben, eine Grenze gekennzeichnet, die es bei der Lückenfüllung bzw. -verhinderung zu beachten gilt. Er wird bei geltungserhaltender Reduktion ein gewisses Fingerspitzengefühl benötigen, um den schmalen Grat zum Neuschreiben des Vertrages nicht zu überschreiten⁹⁶⁾.

Zweitens wird in dem Verbot des "Neuschreibens" auch die Tendenz deutlich, daß unvorhergesehenes Gesetzesrecht nicht gelten soll. Das ist immer der Fall, wenn sich in der Verkehrsauffassung ein Leitbild entwickelt hat, das nunmehr Maßstab für den angemessenen Interessenausgleich zu sein hat.

Zusammenfassend ergibt sich: Das Verbot des Neuschreibens von Vertragsinhalten begründet weder die Weitergeltung dispositiven Rechts noch spricht es gegen andere Wege zur Lückenfüllung.

d) Risiko der Gesetzmäßigkeit von AGB

aa) Zu den Hauptargumenten der Gegner von Teilbarkeit, geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung gehört die These, der Verwender dürfe nicht risikolos unzulässige Klauseln stellen⁹⁷⁾.

96) Schmidt-Salzer F 65

97) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; BGH 7.6.1982, WM 1982, 869, 871; 7.10.1981, WM 1981, 1354, 1356

Ansonsten werde der Schutzzweck des Gesetzes unterlaufen, den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauseln freizuhalten. Deshalb dürfe das Gericht nicht eine Klauselfassung herausarbeiten, die dem Verwender Noch-Zulässiges sichere. Das machte den Verstoß gegen die Rechtsordnung risikolos⁹⁸⁾. Dem Verwender gegenüber verzichtete man auf den Anreiz, selbst für die angestrebte Bereinigung seiner AGB zu sorgen⁹⁹⁾. Der Kunde bliebe weiter mit überzogenen Klauseln konfrontiert. Deshalb müsse der Verwender bei einem Verstoß gegen die §§ 9 - 11 der Rechte verlorengehen, die er sich ansonsten hätte vorbehalten können¹⁰⁰⁾.

Das Eingreifen der gesetzlichen Vorschriften bei Unwirksamkeit gleiche den Vorteil aus, der sich aus dem Verwenden von AGB ergebe. Diese vertragsgestaltende Übermacht korrespondiere mit dem erhöhten Nichtigkeitsrisiko¹⁰¹⁾.

bb) Auch im Gesetzgebungsverfahren hat der Gedanke des Risikos nichtiger Klauseln eine große Rolle gespielt. Der Ausgangspunkt war allerdings ein anderer. Der Gesetzgeber wollte das Risiko eines Fehlschlags von AGB möglichst

98) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 23; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 9; Strobel BB 1981, 1423, 1424; Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG

99) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 23; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 16; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8; BGH 17.5.1982, WM 1982, 871, 873; OLG Düsseldorf 31.1.1980, WM 1980, 1128, 1129; OLG Hamm 9.10.1981, BB 1982, 455

100) Larenz § 29 a III d S. 523; BGH 17.5.1982, WM 1982, 871, 873

101) E. Schmidt JA 1980, 401, 404 r. Sp.

klein halten. Er erkannte, daß Rechtsklarheit und -sicherheit mangels Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung kaum zu erreichen waren. Deshalb formulierte er zunächst zusätzliche, genauer gefaßte Nichtigkeitsgründe neben der Generalklausel. Danach faßte er § 9 neu und gewährte dabei einen größeren Wertungsspielraum in Bezug auf die Angemessenheitskontrolle.

Dennoch sind bei §§ 9 und 10 sowie 11 Nr. 5 wegen der weiterhin notwendigen Wertungen zuverlässige und eindeutige Wirksamkeitsbeurteilungen nicht möglich.

cc) Bei den Konsequenzen muß zunächst zweierlei auseinandergehalten werden: (1) das Risiko des Wegfalls der angestrebten, aber unwirksamen Klausel und (2) das Risiko, aufgrund der Nichtigkeit auf das dispositive Recht verwiesen zu werden.

Das zuerst genannte Nichtigkeits- oder Wirksamkeitsrisiko trifft den Verwender bereits wegen einer gesetzeswidrigen Klausel. Das ist kein allein dem AGBG innewohnendes Prinzip, sondern folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige das Risiko des Wegfalls einer Regelung zu tragen hat, der von dieser begünstigt wird. Dieses Risiko kann durch keine der hier zur Diskussion stehenden Rechtsfolgen beseitigt werden. Denn diese gehen alle von der Nichtigkeit aus. Deshalb ist es für die hier interessierende Rechtsfolgenbetrachtung zunächst unbeachtlich.

Im Vordergrund steht vielmehr das Risiko, mit dem gesetzlich Geregelter vorlieb nehmen zu müssen. Doch das ist, wie die genaue Betrachtung der Argumente zeigt, kein eigenes Wertungskriterium, sondern Konsequenz verschiedener Überlegungen. Hauptanliegen ist dabei das Streben

nach der Verwendung angemessener AGB. Totalnichtigkeit soll das Bemühen um wirksame Klauseln nachhaltig "unterstützen". Dahinter steht, wie Heinrichs darlegt, die Ansicht, die Verwendung verbotswidriger Klauseln sei "eine objektiv zur Täuschung geeignete Störung des Rechtsverkehrs"¹⁰²⁾. Derartiger Mißbrauch soll unter allen Umständen verhindert werden. Dabei würde die Abschreckungswirkung durch Verweisung auf dispositive Regeln durchlöchert und aufgeweicht, wenn dem Verwender irgendwelche Besserstellungen erhalten blieben.

Mit dem Risikogedanken haben die Überlegungen von Heinrichs wenig zu tun. Deshalb soll ihnen an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Auch die anderen Argumente zur Risikoverteilung bauen auf bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen auf, die noch einer genaueren Untersuchung bedürfen.

Der Risikogedanke erlaubt nur insoweit eine eigene Wertung, als es um die Konsequenz aus dem unter (1) dargelegten eigentlichen Nichtigkeitsrisiko geht. Diese Folge muß mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Kontrollnormen gezogen werden. Bei den wertungsabhängigen Regeln der Generalklausel und des § 10 sowie § 11 Nr. 5 ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, die Grenzen des Erlaubten, geschweige denn Richtlinien für angemessene Regelungen, eindeutig zu skizzieren. Diese Unzulänglichkeit führt solange zu unwirksamen Regelungen, bis die Rechtsprechung die Wertungen konkretisiert und durch eigene Angemessenheitsurteile ausgefüllt hat. Das wird bei häufig vorkommenden Vertragstypen relativ schnell geschehen können, wegen der Weiterentwicklung des Wirtschaftslebens letztlich aber immer ohne Abschluß bleiben.

102) Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG

Diesen Aspekt sehen die Befürworter der Totalnichtigkeit nur selten. Ausnahmslose Verweisung auf dispositives Recht hätte zur Folge, daß auch die durch die Unzulänglichkeit des AGBG bedingte Unwirksamkeit vom Verwender getragen wird. Von ihm würde u. U. mehr Gespür für den gerechten Interessenausgleich bei der Bewältigung des Einzelvertrages verlangt als der Gesetzgeber selber hatte. Mangelt es auch dem Klauselsteller an der Fähigkeit, die Wirksamkeit seiner Regelungen richtig zu beurteilen, hätte er nicht nur auf die beabsichtigte Fassung zu verzichten - das ist nicht zu beanstanden, denn dadurch werden nur ungerechte, dem AGBG widersprechende Bedingungen ausgeschaltet -, sondern auch auf das nach den §§ 9 - 11 noch Erlaubte. Diese Konsequenz ist mit der gesetzgeberischen Intention, die Rechtssicherheit zu erhöhen, nicht ohne weiteres vereinbar. Denn soweit das unmöglich oder nicht gelungen ist, kann der einzelne nicht schlechter dastehen, als er bei der Ursprungsfassung des Gesetzes gestanden hätte. Ursprünglich wäre es nach der Theorie institutionellen Rechtsdenkens Aufgabe der Gerichte gewesen, Klauselteile zu erhalten, Auswüchse auf ein vertretbares Maß zu reduzieren, Lücken anhand von Leitbildern zu füllen oder den Vertrag zu ergänzen, um auf diese Weise zum angemessenen Interessenausgleich beizutragen¹⁰³⁾. Die Ansätze des Verwenders wären gleichsam vollendet worden.

Diese Betrachtungsweise trifft allerdings nur auf denjenigen Klauselsteller zu, der die Unwirksamkeit seiner AGB nicht kannte und auch nicht kennen konnte. Wer die Nichtigkeit seiner Regelungen kennt oder erkennen kann, liefert keinen Beitrag zur Abfassung angemessener Klauseln.

103) S. o. 3. Kap. V. V. 2. c)

Das Gericht hätte, da es am Streben um wirksame Regelungen fehlt, anstelle des Verwenders einen angemessenen Interessenausgleich zu erarbeiten.

Das legt es nahe, bei der Rechtsfolgenbestimmung zu differenzieren, das Mähen um wirksame Klauseln zu honorieren, das bewußte Mißachten der Zulässigkeitsgrenzen zu sanktionieren. Mit dieser Unterscheidung ist ein neues Wertungskriterium angesprochen: die normative Prävention.

e) Normative Prävention

Die unterschiedlichen Ansichten zur Rechtsfolgenbestimmung unwirksamer Klauseln nähern sich durch die jeweiligen Ausnahmen von den grundsätzlichen Standpunkten einander an.

So wird von den Befürwortern des ersatzlosen Wegfalls unwirksamer Regelungen eingeräumt, daß weniger einschneidende Rechtsfolgen zuzulassen seien, wenn dem Stellen von AGB eine sorgfältige Prüfung der Sach- und Rechtslage vorausgegangen sei und der Verwender die Klauseln subjektiv für wirksam halten durfte¹⁰⁴⁾. Denn dann fehle bewußte Mißachtung des Erlaubten, der der Verweis auf dispositives Recht entgegenwirken solle.

Befürworter der Aufrechterhaltung unangemessener Regelungen räumen ein, daß bei Verstößen gegen einigermaßen sichere Orientierungsrahmen insbesondere geltungserhaltende Reduktion ausscheiden müsse¹⁰⁵⁾. Der Verwender

104) Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Gerauer BB 1981, 1852, 1853; Larenz AT § 29 a III S. 524

105) J. Johannson DB 1981, 732, 734; Kötz NJW 1979, 785, 789; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG Nachtrag zu RdNr. 8-12; Locher S. 61; Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 6 RdNr. 20

soll nicht eindeutig gesetzwidrige Klauseln in seine AGB aufnehmen und darauf spekulieren, daß sich leichtgläubige Kunden täuschen lassen und halsstarrige nicht mehr erreichen können als die teilweise oder reduzierte Aufrechterhaltung zu seinen Gunsten.

Beide Seiten machen sich eine von Lindacher für den Bereich des § 138 BGB entwickelte Betrachtungsweise zu eigen¹⁰⁶⁾.

aa) Lindacher sieht in § 138 BGB ein Korrektiv zur Privatautonomie. Die Vorschrift ziehe rechtsgeschäftlicher Gestaltung Grenzen, steuere den Mißbrauch der Vertragsfreiheit und wahre die Selbstachtung des Rechts. Rechtsgeschäfte, die gegen Mindestanforderungen der herrschenden Sozialmoral sowie gegen die dem Gesetz nach allgemeiner Rechtsüberzeugung immanenten Werte und Prinzipien verstoßen, dürften keine rechtliche Anerkennung finden¹⁰⁷⁾.

Zweiter gleichrangiger Zweck des § 138 BGB sei, durch eine Diskriminierung unsittlicher Absprachen die Parteien von der Vornahme derartiger Geschäfte abzuhalten. § 138 BGB enthalte den Gedanken normativer Prävention: Abschreckung vor mißbräuchlicher Rechtsgestaltung durch Nichtigkeitsandrohung¹⁰⁸⁾.

Echte Präventivwirkung erfordere Vollnichtigkeit. Ein Sittenverstoß müsse mit diesem Risiko behaftet sein. Bei jeglicher Reduktion könne die betreffende Partei darauf spekulieren, daß die Gegenseite, zu deren Lasten die Übermaßregelung ginge, dieselbe vielleicht noch hinnehme.

106) AcP 173, 124 ff.

107) Lindacher AcP 173, 124, 125

108) RG 13.3.1936, Z 150, 1, 5; MünchKomm/Mayer-Maly § 138 RdNr. 2; Erman/H. Westermann (6. Aufl.) § 138 RdNr. 1

Ungünstigenfalls gelte das gesetzlich Zulässige. Misse man hingegen mit der vollständigen Nichtigkeit des Geschäfts rechnen, entfalle eine solche Androhung der Präventivwirkung¹⁰⁹⁾.

Nichtigkeit solle aber nur bei subjektiver Vorwerfbarkeit eintreten. Wer eine objektiv sittenwidrige Regelung treffen will, dem geschehe - jedenfalls bei potentielltem Bewußtsein der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens - kein Unrecht, wenn die Nichtigkeitsfolge weitergehe, als unter dem Gesichtspunkt der Selbstachtung des Rechts geboten sei¹¹⁰⁾

bb) Diese Grundsätze scheinen auch zur Rechtsfolgenbestimmung bei AGB geeignet zu sein.

Die Selbstachtung des Rechts ist hier in gleicher Weise durch die Unwirksamkeit der angegriffenen Klausel verwirklicht.

Präventivwirkung läßt sich zunächst durch abstrakte Klauselkontrolle erreichen. Der Gesetzgeber hat die Verbandsklage geschaffen, um den Rechtsverkehr von unangemessenen Regelungen freizuhalten und damit in besonderem Maße dem Präventiverfordernis Rechnung getragen. Für den Einzelfall ergibt sich daraus außer der faktischen positiven Breitenwirkung die durch § 21 geschaffene Einredemöglichkeit. Diese wiederum hat die Unwirksamkeit der Klausel im Individualverfahren zur Folge.

109) Lindacher AcP 173, 124, 129 f.

110) Lindacher AcP 173, 124, 130

Da sich aus § 21 jedoch keine Aussage über die Rechtsfolgen im Einzelverfahren herleiten läßt, ist die rechtsmißbräuchliche Gestaltung nicht umfassend ausgeschlossen. Zu äußerster Vorsicht würde der Verwender erst bei Weitergeltung der durch die nichtige Regelung verdrängten Normen gezwungen. Wer derartige Nachteile befürchten muß, wird nicht leichtfertig versuchen, unangemessene Klauseln durchzusetzen.

Will das AGBG vor unbilliger rechtsgeschäftlicher Ausgestaltung abschrecken?

(1) Der Wortlaut der §§ 6, 9, 10, 11 stellt nicht auf subjektive Elemente ab. Die Klauselkontrollnormen und § 6 fordern "Objektivität"¹¹¹⁾.

(2) Der Gesetzgeber hat nicht an subjektive Gesichtspunkte gedacht. Der Arbeitsgruppe, dem Referenten- und Regierungsentwurf war diese Überlegung fern: Wer Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall wiederherstellen will, zielt nicht auf Bestrafung.

Dem liberalen Abgrenzungsdenken entsprach der Wunsch, Mißbrauch der Vertragsfreiheit zu verhindern. Aber die peinliche Vermeidung des Mißbrauchsbegriffs im CDU/CSU-Entwurf zeigt, daß subjektive Kriterien diese nicht beeinflussen sollten¹¹²⁾. Wenn anhand objektiver Kriterien die Benachteiligung des Kunden und die Bevorzugung des Verwenders überprüft werden sollen, scheinen diese Kriterien ebenfalls der Rechtsfolgenbetrachtung zugrunde zu legen sein.

111) M. Wolf, Festschrift Baur S. 147, 148 f.; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 8; Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 56

112) Vgl. Begründung zu § 7 Abs. 1, BB 1974, Beilage 9/74, S. 8

(3) Auch die Durchführung der abstrakten Klauselkontrolle scheint einer Beachtung subjektiver Elemente entgegenzustehen. Empfehler und Verwender setzen sich bei unwirksamen Klauseln immer der Gefahr aus, auf Unterlassung und/oder Widerruf in Anspruch genommen zu werden. Dabei reicht der objektive Gesetzesverstoß aus.

Doch diese Erwägungen betreffen allein das Nichtigkeitsurteil, nicht aber die sich anschließenden Rechtsfolgen.

Entscheidend ist, daß die Möglichkeit der Verbandsklage nicht ausreicht, den Kunden umfassend zu schützen. Das gilt auch deshalb, weil er selbst keine Möglichkeit hat, eine gerichtliche Überprüfung losgelöst vom Streit über den Einzelvertrag durchführen zu lassen. Er gehört nicht zum Kreis der gem. § 13 Abs. 2 Klagebefugten.

Ferner bedingt die Vielzahl von AGB und Verwendern, daß trotz der großen Anzahl von Verfahren nur relativ wenige Klauseln von großer Bedeutung erfaßt werden und insbesondere nur gegen die Verwender vorgegangen wird, die in großem Umfang am Wirtschaftsleben teilnehmen. Dadurch entfällt die Kontrolle des Klauselwerks der mittleren und kleinen Betriebe, soweit sie nicht Verbandsempfehlungen verwenden, die wiederum häufiger Gegenstand der Verbandsklage sind.

Die abstrakte Klauselkontrolle erübrigt die Abschreckung vor mißbräuchlichen Regelungen für den Einzelvertrag demgemäß nicht, sondern ist Ergänzung im Vorfeld von Individualprozessen. Aus der Möglichkeit der Verbandsklage folgt nicht die Unzulässigkeit normativer Prävention im Individualprozeß.

(4) Bedingen auch Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle normative Prävention?

Wenn der Gesetzgeber den Schutz des AGB-Unterworfenen durch strenge Einbeziehungs Voraussetzungen, das Verwerfen überraschender Klauseln, den Vorrang von Individualvereinbarungen, die Unklarheitenregel und ein auf Breitenwirkung angelegtes Kontrollverfahren gefestigt und erweitert hat, dann zeigt das ein Bemühen um angemessene Regelungen. Dieses Bemühen darf nicht durch Rechtsfolgen unterlaufen werden, die Rechtsmißbrauch zulassen. Das wäre der Fall bei einschränkungsloser Rückführung auf das für den Verwender gerade noch Zulässige. Bliebe das Erreichbare immer erhalten, müßte das Verwenderhandeln darauf gerichtet sein, eher die Grenzen des Erlaubten zu überschreiten als den Rahmen des Möglichen u. U. nicht voll auszuschöpfen. Selbst derjenige, der gewillt ist, die Inhaltskontrollnormen zu beachten, würde, soweit er nicht jegliches Risiko scheut, im Zweifelsfalle die für ihn günstigere, wenn auch nichtige AGB-Gestaltung wählen. Das ist im Hinblick auf die abstrakte Klauselkontrolle gefahrlos, da eine Verbandsklage bei nur geringfügigem Verstoß und zweifelhafter Rechtslage unwahrscheinlich ist.

Damit aber wäre der Verstoß gegen die §§ 9 - 11 programmiert und der im vorprozessualen Raum besonders wichtige Kundenschutz durchlöchert, wenn nicht gar beseitigt.

Deshalb ist der das Erlaubte bewußt mißachtende Verwender auf das Gesetzesrecht zu verweisen. Umgekehrt muß der sich um angemessene Regelungen Bemühende vor Übermaßreaktionen geschützt werden.

cc) Wie könnte die dadurch bedingte Differenzierung aussehen?

- Wer die Unwirksamkeit seiner Klauseln nicht kennt und auch nicht kennen kann, handelt nicht rechtsmißbräuchlich. Ihm gegenüber sind unter dem Gesichtspunkt der

normativen Prävention Ausnahmen vom Grundsatz der Totalkassation zu machen und die verschiedenen Wege zur Rechtsfolgenbestimmung von Teilbarkeit bis zur Vertragsergänzung gangbar. Das gilt in gleicher Weise für die Verbandsklage und das Individualverfahren. Indiz für derartige Fälle ist das geringe Überschreiten "unklarer" Grenzen beim Fehlen höchstrichterlicher Entscheidungen.

- Wer dagegen erkennen kann oder gar weiß, daß seine AGB unwirksam sind, spekuliert mit der Leichtgläubigkeit seiner Vertragspartner. Ihm gegenüber ist aus Präventionsüberlegungen heraus (ausnahmsweise) durch den Hinweis auf dispositives Recht zu reagieren.

Das ist der Fall beim Mißachten eindeutiger Grenzen, z. B. dem Verstoß gegen § 11 (mit Ausnahme der Nr. 5) Denn dort sind Grenzen ohne Wertungsmöglichkeit fixiert. Sie können auch von juristischen Laien beachtet werden. In gleicher Weise ist zu verfahren bei deutlichem Überschreiten nur schwer feststellbarer Grenzen. Denn dann erlaubt das Ausmaß der Abweichung den Schluß auf die Mißachtung.

Ebenso eindeutig liegen die Fälle des Verstoßes gegen ein im Verfahren gem. §§ 13 ff. ergangenes Unterlassungsgebot. Wer verbotene Klauseln bei neuen Vertragsabschlüssen stellt, handelt mißbräuchlich.

Das gilt weiterhin für den, der aus früheren Individualverfahren um die Unwirksamkeit seiner Regelungen weiß, sie dennoch verwendet.

Das vorwerfbare Verhalten kann ferner darin bestehen, höchstrichterliche Entscheidungen nicht zur Kenntnis zu nehmen. Insbesondere von den Verwendern, die die Rechtsprechung laufend verfolgen und die Klauseln entsprechend umgestalten, kann erwartet werden, daß sie auch kundenfreundliche Urteile berücksichtigen. Welche Anforderungen

dabei an den einzelnen Verwender zu stellen und welche weiteren Fälle dieser Konstellation zuzuordnen sind, bedarf genauerer Untersuchung.

Vorab gilt zu klären, ob diese Differenzierung mit den weiteren Wertungskriterien vereinbar ist.

f) Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs in die vertragliche Regelung

Der grundsätzlichen Bejahung des ersatzlosen Wegfalls unwirksamer Klauseln wie auch der ausnahmsweise durch normative Prävention bedingten Nichtigkeit könnte ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entgegenstehen: Der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Grundsatz der Rechtssicherheit, wonach die Folgen einer Fehlerhaftigkeit auf das unbedingt notwendige Maß zu begrenzen sind.

Der Bestandsschutz fordert, Fehlern nur die unbedingt erforderliche Folgewirkung zu geben. In Anerkennung dieses Grundsatzes hat das BVerfG bei Nichtigkeit einzelner Normen eines Gesetzes grundsätzlich die Weitergeltung der übrigen Regelungen bejaht. Nur dann, wenn sich aus dem objektiven Sinn des Gesetzes ergebe, daß die übrigen mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbständige Bedeutung haben, führe die Nichtigkeit einzelner Vorschriften zur Nichtigkeit des ganzen Gesetzes¹¹³⁾.

Herschel weist zutreffend darauf hin, daß Rechtssicherheit und -klarheit um so weniger gefährdet werden, je mehr man die Folgen der Nichtigkeit beschränkt¹¹⁴⁾.

113) BVerfG 12.11.1958, E 8, 274, 301 m.w.N.; 9.5.1962, E 14, 56, 72; 13.4.1978, E 48, 127, 177; 4.12.1978, E 53, 1, 23 f.; vgl. auch Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 93 RdNr. 42 ff.

114) JZ 1967, 727, 735

Auch sei es leichter, Lücken unter Zuhilfenahme der Wertungen des wirksamen Teils der Norm zu füllen, als die bei Totalnichtigkeit auftretenden Lücken zu beseitigen.

Bei teilweiser Nichtigkeit des Verwaltungsakts schreibt § 44 Abs. 4 VwVfG im Interesse der Rechtssicherheit fest, daß die wirksamen Teile nach Möglichkeit aufrechterhalten bleiben¹¹⁵⁾.

§ 8 Abs. 1 VVG beschränkt die Folgen der Fehlerhaftigkeit ebenfalls auf das unbedingt notwendige Maß. Nach dieser Vorschrift ist die Vereinbarung einer stillschweigenden Verlängerung des Versicherungsverhältnisses "insoweit nichtig, als sich die jedesmalige Verlängerung auf mehr als ein Jahr erstrecken soll".

§ 566 S. 2 1. Halbs. BGB beugt der Totalnichtigkeit eines lediglich mündlichen Mietvertrages durch Festlegung der Mietdauer auf unbestimmte Zeit vor.

Schließlich ist auch bei Wettbewerbsregelungen im Verhältnis Prinzipal - Handlungsgehilfe in §§ 74 ff. HGB festgelegt, daß das Verbot "insoweit unverbindlich", "ferner unverbindlich, soweit ..." ist (§ 74 a Abs. 1 HG). Nur das Übermaß, das nicht dem Schutz berechtigter Interessen des Prinzipals dient und eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen entfällt, ist unwirksam¹¹⁶⁾.

115) Kopp § 44 RdNr. 61 m.w.N.; Stelkens/Bonk/Leonhardt § 44 RdNr. 36 f.; die Regelung für die Teilnichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge entspricht dagegen § 139 BGB (vgl. § 59 Abs. 3 VwVfG)

116) Vgl. Baumbach/Duden § 74 c Anm. 2 E

Dieses Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs läßt sich auch auf Allgemeine Geschäftsbedingungen übertragen. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß die Klauselwerke keine Normen oder normähnliche Regelungen sind. Denn es ist nicht vonnöten, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unmittelbar auf sie anzuwenden. Vielmehr reicht es aus, das Prinzip zu übertragen. Dazu läßt die von § 139 BGB abweichende Regelung des § 6 Abs. 1 ein. Die Vorschrift verdeutlicht das Streben des Gesetzgebers nach Gültigkeit des Restvertrages.

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit macht es keinen Unterschied, ob Teile des gesamten Klauselwerks nichtig sind und der Rest weitergilt oder ob die einzelne Klausel zum Teil gegen die §§ 9 - 11 verstößt und der nicht betroffene Teil aufrechterhalten bleibt.

aa) Bei teilbaren Klauseln wäre es aus der Sicht der Rechtssicherheit geradezu widersinnig, selbständige Regelungspunkte, die der Kunde aus sich heraus verstehen kann, zu verwerfen, nur weil andere nichtig sind. Die alsdann erforderlichen Ersatzregelungen verwirren den Vertragspartner mehr als das alleinige Ausscheiden unwirksamer Bestandteile.

Auch hier gilt, daß es leichter ist, Bestehendes zu erhalten, als durch Wegfall bedingte Lücken zu füllen.

Diese Erwägungen gelten auch für generelle, zu weit gefaßte und undifferenzierte Formulierungen. Die Rechtssicherheit gewährleistende Klarheit ist am größten, wenn unwirksame Konstellationen herausgestrichen werden, es ansonsten aber bei der vom Verwender gestellten Regelung verbleibt.

bb) Rechtfertigt der Grundsatz, Fehlern nur die unbedingt notwendige Folgewirkung zu geben, bei den unteilbaren

Regelungen geltungserhaltende Reduktion?

Auf den ersten Blick scheint das der Fall zu sein. Wird der unangemessenen Klausel ein gesetzlich gerade noch zulässiger Inhalt gegeben, so mag der geringstmögliche Eingriff in die einzelne Bedingung den Verstoß beseitigen zu können.

(1) Schaut man jedoch auf die das Prinzip tragenden Begründungen Rechtssicherheit und -klarheit, so kommen Zweifel. Der AGB-Unterworfene vermag allenfalls bei Verstößen gegen § 11 (mit Ausnahme von Nr. 5) zu erkennen, mit welchem Inhalt die Klausel weitergelten könnte. Bei den übrigen Kontrollnormen fehlt eine genaue vorhersehbare Grenzziehung. Das Wissen darum, daß nun das gesetzlich gerade noch Zulässige gelten soll, verschafft keine Klarheit über dessen Inhalt. Denn bei den zerlegbaren Regelungen kann die Grenze des Erlaubten wenig oder sehr weit überschritten sein. Bei den übrigen nicht zerlegbaren Klauseln bedarf es vollständiger Umgestaltung.

(2) Ein zweiter Gedanke ist zu erwägen. Das BVerfG versucht zwar durch verfassungskonforme Interpretation den zu überprüfenden Rechtsnormen einen Inhalt zu geben, der verfassungsgemäß ist und reduziert damit den Normgehalt in gewisser Weise. Bei festgestelltem Verfassungsverstoß wird aber nicht versucht, die Lücke durch Nachschieben des Zulässigkeitsrahmens zu füllen¹¹⁷⁾.

Wenn konkrete Ersatzregelungen dem Kontrollgesetz entnommen werden sollen, muß das ausdrücklich erwähnt sein. Demgemäß schreibt § 8 Abs. 1 VVG eine Jahresfrist vor. § 566 S. 2 BGB legt eine unbefristete Mietdauer fest. Die §§ 74 ff. HGB zeigen auf, was anstelle

117) Vgl. Stober JA 1979, 416, 421 f.

der geplanten Regelung gilt. Solche Ersatzregelungen fehlen den Klauselkontrollnormen. §§ 9 - 11 enthalten Mißbrauchsgrenzen, nicht gesetzgeberische Vorstellungen von angemessenen Klauselinhalten. Die Kontrollnormen sind keine dem Gesetz innewohnende eigene "Reserveordnung". Ihnen kann nicht der Gehalt einer vom Gesetzgeber gewünschten Fassung entnommen werden. Das läßt die Rechtsklarheit bei Verstößen gegen § 11 in gleicher Weise entfallen wie bei solchen gegen die §§ 9 und 10.

(3) Das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs bedeutet für geltungserhaltende Reduktion, daß materiell weniger in den Ursprungsvertrag eingegriffen wird als bei Totalkassation und der Geltung dispositiven Rechts. Die den Grundsatz tragenden Wertungen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit vermögen diesen Weg zur Lückenfüllung jedoch nicht zu stützen.

cc) Wer die Lücken aus den Wertungen des wirksamen Teils zu füllen versucht, greift auf die Vertragsnatur und das von der Praxis geprägte Leitbild zurück. Sie erlauben sachnahe Ergänzungen, schweben auch dem AGB-Unterworfenen zumeist eher vor als das dispositive Recht und entsprechen damit dem Streben nach geringstmöglichem Eingriff.

dd) Gleiches gilt auch für die ergänzende Vertragsauslegung. Soweit sie möglich ist, fehlt es an passendem Gesetzesrecht. Dann aber widerspricht die Totalkassation mit dem Verweis auf Gesetzesrecht dem Bemühen um Rechtssicherheit und -klarheit.

g) Wechselbeziehung zwischen abstraktem Klauselkontrollverfahren und Individualprozeß bei der Rechtsfolgenbestimmung

Verschiedene Autoren begründen den ersatzlosen Wegfall unangemessener Klauseln und die Geltung dispositiven

Rechts mit der Wechselbeziehung zwischen Verbandsklage und Einzelverfahren¹¹⁸⁾. § 13 gehe erkennbar davon aus, daß ein Verstoß gegen die §§ 9 - 11 die Klausel insgesamt nichtig mache. Das müsse im Individualverfahren ebenso gelten, zumal die Entscheidung des abstrakten Kontrollverfahrens über § 21 zu beachten seien und umgekehrt gem. § 19 die Entscheidung im Einzelprozeß auf die Verbandsklage zurückwirken könne¹¹⁹⁾.

Damit ist der Kern des Problems angesprochen. Wird eine Gleichbehandlung den Zielsetzungen beider Verfahren gerecht, ist sie gar aufgrund identischer Wertungen geboten?

aa) § 21 S. 1 sagt dazu nichts aus. Die darin enthaltene Rechtskrafterstreckung bewirkt, daß das den Einzelprozeß entscheidende Gericht an die Wertung des Unterlassungsurteils gebunden ist und keine eigene Wirksamkeitsprüfung mehr vornehmen kann. Es hat von der in den Entscheidungsgründen festgestellten Nichtigkeit auszugehen. Die Klausel ist ohne weiteres als unwirksam anzusehen¹²⁰⁾. Welche weiteren Konsequenzen diese für das Individualverfahren fingierte Nichtigkeit der Regelung hat, ist dem Wortlaut des § 21 nicht zu entnehmen.

118) Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 8; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 24

119) Auch Löwe geht wie selbstverständlich davon aus, daß die Frage der geltungserhaltenden Reduktion in beiden Verfahren gleich zu beurteilen sei (BB 1982, 152, 153; BB 1982 648, 649); ebenso P. Ulmer NJW 1981, 2025, 2029; Sonnenschein NJW 1980, 1713, 1720; a. A. Kötz BB 1982, 644, 645; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG Nachtrag zu RdNr. 8 - 12

120) Rechtsausschuß zu § 21, BT-Drucks. 7/5422 S. 13; Zweiter Teilbericht zu These 11 S. 1, 48

(1) Einmal könnte die unwirksame Bestimmung so zu behandeln sein, als sei sie nie Vertragsbestandteil geworden¹²¹⁾.

Damit schiede die Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion aus. Es fehlte mangels Einbeziehung an einer umzugestaltenden Regelung.

Klauselteilung bliebe weiterhin möglich, falls man das Unterlassungsgebot entsprechend den zuvor entwickelten Ergebnissen nur auf die unangemessenen AGB-Teile bezöge und somit ein wirksamer Rest verbliebe, der Vertragsinhalt werden könnte. Auch die anderen Wege zur Lückenföüllung stünden weiter offen.

(2) Richtigerweise wird man mit der h. M. davon ausgehen müssen, daß auch die im Kontrollverfahren verworfenen Klauseln Vertragsbestandteile werden können¹²²⁾. Denn erst die Einrede des Kunden löst die Wirkungen des § 21 S. 1 aus. Deshalb muß unabhängig von ihr über die vom Unterlassungsgebot betroffene Regelung befunden werden. Und dabei steht die Nichtigkeit als solche einer Einbeziehung in den Vertrag nicht entgegen.

Aufgrund dessen müßte geltungserhaltende Reduktion möglich sein.

Dem steht die Einredemöglichkeit nur dann entgegen, wenn das den Einzelfall beurteilende Gericht bei Einrede nicht nur von der Unwirksamkeit der Klausel auszugehen hat, sondern auch die weiteren Ergebnisse des abstrakten

121) So wohl auch MünchKomm/Gerlach § 21 AGBG RdNr. 4

122) Dietlein/Rebmann § 21 RdNr. 2; Erman/O. Werner § 21 AGBG RdNr. 9; Palandt/Heinrichs § 21 AGBG Anm. 3 c; Ulmer/Brandner/Hensen (3. Aufl.) § 21 RdNr. 4; Reinel S. 78

Kontrollverfahrens übernehmen muß und diese eine geltungserhaltende Reduktion nicht vorsehen.

Dadurch wäre die Einrede in besonderer Weise Instrument des Kundenschutzes. Denn soweit es um die Unwirksamkeit als solche geht, stärkt § 21 die Stellung des Kunden bei einem sorgfältig arbeitenden Gericht kaum. Es wird von sich aus die Ergebnisse des abstrakten Kontrollverfahrens berücksichtigen und nicht ohne zwingenden Grund die Wirksamkeit der Klausel anders beurteilen. Zöge hingegen die Einrede auch Totalnichtigkeit und ersatzlosen Wegfall nach sich, hätte der AGB-Unterworfene, der ja nicht klagebefugt ist und deshalb auch keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einleiten kann, ein Mittel an der Hand, Versuche scheitern zu lassen, mit eindeutig unwirksamen Klauseln aufzutreten.

Die Identität zwischen den Ergebnissen der Verbandsklagen und den Einzelprozessen hätte eine weitere, begrüßenswerte Konsequenz: Im Individualverfahren, in dem der verurteilte Verwender beteiligt ist, würden die Klauseln und die Rechtsfolgen bei Nichtigkeit einheitlich abgehandelt.

Voraussetzung für eine derart weitreichende Wirkung der Einrede ist jedoch eine Gleich**be**handlung beider Verfahren. Ob diese geboten ist, läßt sich § 21 S. 1 nicht entnehmen.

bb) Möglicherweise gibt § 19 Aufschluß über die Notwendigkeit identischer Rechtsfolgen. Mit Hilfe dieses "prozessualen Sonderlings"¹²³⁾ vermag der Verwender zu erreichen, daß ihm die Wiederverwendung der AGB-Klausel gestattet wird, deren Weiterverwendung ihm zuvor rechtskräftig verboten worden ist. Die Zwangsvollstreckung

123) Ulmer/Brandner/Hensen § 19 RdNr. 1

aus dem Unterlassungsurteil wird für unzulässig erklärt, dem Kunden die Einredemöglichkeit des § 21 S. 1 genommen¹²⁴⁾.

Voraussetzung für die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage ist u. a., daß die verworfene Regelung nachträglich höchststrichterlich gebilligt worden ist. Umstritten ist dabei, ob die abweichende Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte in einem anderen abstrakten Kontrollverfahren ergangen sein muß¹²⁵⁾ oder eine Entscheidung über die Wirksamkeit im Inzidentprozeß ausreicht¹²⁶⁾.

Nur wenn man letzterer Ansicht folgt, können sich neue Gesichtspunkte für die Rechtsfolgen im Individualverfahren ergeben. Denn eine neue Entscheidung aufgrund einer Verbandsklage vermag keine vom ursprünglichen Unterlassungs)Urteil abweichenden Aspekte aufzuzeigen. Hat der Verwender dagegen die Möglichkeit, bei allen Urteilen Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO zu erheben, können sich daraus Konsequenzen für die Rechtsfolgen des Urteils ergeben, auf das er sich berufen kann. Das muß klar die angemessene Regelung zum Ausdruck bringen.

124) Vgl. Einzelheiten bei: Koch/Stübing § 19 RdNr. 6; Staudinger/Schlosser 19 AGBG RdNr. 3; MinchKomm/Gerlach § 19 AGBG RdNr. 1; Erman/O. Werner § 19 AGBG Nr. 12; Ulmer/Brandner/Hensen § 19 RdNr. 3; vgl. auch Gaul, Festschrift Beitzke S. 997, 1044 f.;

125) Koch/Stübing § 19 RdNr. 2; Dietlein/Rebmann § 19 RdNr. 2; Erman/O. Werner § 19 AGBG RdNr. 8; Ulmer/Brandner/Hensen § 19 RdNr. 7; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 19 RdNr. 10

126) Reinel S. 90; Palandt/Heinrichs § 19 AGBG Anm. 2 c bb (entsprechende Anwendung von § 19); ebenso: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 19 RdNr. 9; MünchKomm/Gerlach § 19 AGBG RdNr. 5

Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Klausel in vollem Umfang wirksam ist und das Gericht seine Entscheidung darauf stützt. Die Urteilsgründe werden regelmäßig das entgegenstehende Begehren der Verbandsklage ausdrücklich verwerfen.

Unklarheiten können sich jedoch bei teilweiser Unwirksamkeit ergeben wegen der Rechtsfolgen unwirksamer Klauselteile. Höchststrichterliche Rechtsprechung wird die wirksamen Bestandteile deutlich herausstellen. Die Entscheidungsgründe sagen klar, was angemessen ist. Die Unwirksamkeit anderer Klauselteile kann dagegen durch die Rechtsfolgen verwischt werden. Wenn die Klauselteile in reduzierter Fassung oder durch Rückgriff auf Vertragsnatur und -leitbild erhalten bleiben oder ergänzende Vertragsauslegung eine ähnliche Regelung schafft, mag die Entscheidung über die Wirksamkeit der Klausel in den Hintergrund treten. Doch erst, wenn Teilunwirksamkeit feststeht, kann die Suche nach Ersatzlösungen beginnen. Folglich sind den Entscheidungsgründen sowohl das Nichtigkeitssurteil zu entnehmen als auch die Rechtsfolgen und damit eine klare Regelung.

Klarheit ergibt sich schließlich auch, wenn die höchsten Gerichte in Übereinstimmung mit den Ergebnissen des abstrakten Kontrollverfahrens die gesamte Regelung für unwirksam halten, die Klausel jedoch nicht total streichen, sondern in reduzierter Form ihrer Entscheidung zugrunde legen. Auch dann kann der eine Vollstreckungsabwehrklage planende Verwender ermitteln, wie die Gerichte die Wirksamkeit der Klausel beurteilen.

Bestimmte Rechtsfolgen präjudiziert die in § 19 geschaffene Klagemöglichkeit mithin selbst dann nicht, wenn man Bewertungen von Klauseln im Einzelverfahren ausreichen läßt. Bestimmte Rechtsfolgen für andere Individualprozesse können daraus nicht entnommen werden. § 19 steht

verschiedenen Wegen zur Lückenverhinderung und -füllung nicht entgegen. Aufschluß über das Gebotensein identischer Rechtsfolgen bei Verbandsklage und Einzelprozessen ist aus § 19 nicht zu erzielen.

cc) Möglicherweise erlauben sonstige Erwägungen Schlußfolgerungen für die Wechselbeziehungen zwischen beiden Verfahrensarten. Das Bemühen, den Rechtsverkehr von unwirksamen Klauseln freizuhalten, liegt diesem Verfahren zugrunde. Deshalb sind auch identische Anforderungen an die abstrakte und die konkrete Kontrolle der Klauselinhalte zu stellen¹²⁷⁾. Daher ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit wünschenswert, die Angemessenheit übereinstimmend zu beurteilen. Das gilt für Individualprozesse über dieselbe Regelung ebenso wie für abstrakte Kontrollverfahren und das Verhältnis Verbandsklage - Einzelverfahren.

Für das Wirksamkeitsurteil spielt es weiter keine Rolle, ob die gesamte Bedingung nichtig oder die Klausel zum Teil unangemessen ist. Immer geht es darum, Regelungen zu beseitigen, die gegen Inhaltskontrollnormen verstoßen. Dazu müssen zunächst die Nichtigkeit und ihr Umfang festgestellt werden.

Unterschiede setzen erst bei den Nichtigkeitsfolgen ein. Wünschenswert scheint allerdings auch hier größtmögliche Einheitlichkeit. Schwierigkeiten werden dann auftreten, wenn die Parteiabreden zur Lückenverhinderung und -füllung herangezogen werden. Denn das geht nur bei Individualverfahren.

Auch die unterschiedliche Zielrichtung bei den Nichtigkeitsfolgen ist zu beachten. Einmal steht die Klärung

127) E. Schmidt JA 1980, 401, 405

eines einzelnen Streits an, bei dem die Klausel insidenter Bedeutung hat; zum anderen geht es allein um deren Wirksamkeit. Davon sind viele Personen betroffen, die neben einer Nichtigkeitsbescheidung auch Klarheit über das Erlaubte wünschen.

Wegen dieser unterschiedlichen Zielrichtung kann über die Nichtigkeitsentscheidung hinaus wohl keine Einheitlichkeit bei den Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln im Einzelverfahren und bei der Verbandsklage erzielt werden.

h) Verhältnis des AGBG zu anderen Gesetzen

Rechtsfolgen nichtiger Klauseln können schließlich dadurch beeinflußt werden, daß die Unwirksamkeit sich aus anderen Gesetzen ergibt und diese eigene Regelungen der Nichtigkeitsfolgen vorsehen. Dabei sind mehrere Fallkonstellationen denkbar.

Zum einen besteht die Möglichkeit, daß kein Verstoß gegen die §§ 9 - 11 vorliegt, die Klausel also allein am anderen Gesetz scheitert.

Daneben ist es möglich, daß **auch** aufgrund der Inhaltskontrollnormen des AGBG Nichtigkeit gegeben ist, und zwar entweder aus unterschiedlichen Aspekten oder aus ein und demselben Grund.

Immer bedarf es der Klärung, ob und inwieweit die Rechtsfolgen § 6 zu entnehmen sind. Es geht darum, ob sich aus Kontrollgesetzen Wertungen ergeben, die die Unklarheiten beseitigen können, die bei § 6 in Bezug auf das Schicksal der einzelnen Klauseln verbleiben. Möglicherweise kann der Rückgriff auf andere Gesetze Lücken verhindern oder füllen.

aa) Übergreifende, sämtlichen anderen Prüfungsnormen innewohnende Wertungen gibt es nicht. Bereits die im BGB verankerten Nichtigkeitsgründe - §§ 134, 138, 241, 119 Abs. 1 - sind so vielfältig, daß sie nicht auf einen die Unwirksamkeit begründenden Nenner zu bringen sind. Deshalb ist es nicht möglich, den bereits genannten allgemeinen Wertungskriterien einen weiteren Gesichtspunkt hinzuzufügen.

bb) Unter Umständen kann aber im Einzelfall das betroffene Kontrollgesetz die Rechtsfolgen der unwirksamen Klausel mitbestimmen.

Voraussetzung dafür ist zunächst, daß die §§ 9 - 11 keine abschließende oder andere Gesetze verdrängenden Kontrollmaßstäbe enthalten. Nur wenn beide Gesetze nebeneinander anwendbar sind oder gar das AGBG zurücktreten muß, kann die zur sonstigen Prüfungsnorm gehörende Rechtsfolge eingreifen. Ob und wann das der Fall ist, kann pauschal nicht beantwortet werden. Bereits die Meinungen zum Verhältnis der §§ 9 - 11 zu § 138 BGB zeigen, daß generell weder von Subsidiarität der AGB-Regeln¹²⁸⁾ auszugehen noch Spezialität¹²⁹⁾ zwingend anzunehmen oder immer ein Nebeneinander¹³⁰⁾ gegeben ist¹³¹⁾.

128) Stein § 9 RdNr. 10

129) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Vorb. §§ 8 - 11 RdNr. 23; Staudinger/Schlosser § 9 AGBG RdNr. 10; Palandt/Heinrichs Vorb. 4 b v. § 8 AGBG; MünchKomm/Kötz Vorb. § 8 AGBG RdNr. 7

130) Dietlein/Rebmann § 9 RdNr. 3; Palandt/Heinrichs Vorb. 4 b v. § 8 AGBG; Erman/H. Hefermehl Vor §§ 8, 9 AGBG RdNr. 5; MünchKomm/Kötz Vor § 8 AGBG RdNr. 7; Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 32 f.

131) Vgl. insgesamt Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 8 - 10

Soweit sich ergibt, daß andere Kontrollnormen eingreifen, ist zweitens zu prüfen, ob auch die Rechtsfolge-
regelung diesem Gesetz entnommen werden darf. Denn
selbst bei von den §§ 9 - 11 abweichenden Prüfungsmaß-
stäben bietet es sich an, die Rechtsfolgen einheitlich
aus § 6 herzuleiten.

Auch bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln aufgrund all-
gemeiner Grundsätze treffen die zum Fortbestand des
Rechtsgeschäfts gem. § 6 Abs. 1 vorgetragenen Überle-
gungen und Begründungen zu: Dem Kunden ist mit dem Weg-
fall oder der Rückabwicklung des Vertrages bei erfolg-
reicher Beanstandung der unangemessenen Regelung wenig
gedient. Der hypothetische Wille beider Parteien zielt
auf Fortbestand des Vertrages. § 139 BGB ist als Aus-
legungsregel bei der AGB-Verwendung ungeeignet¹³²⁾.

Deshalb gilt § 6 Abs. 1 nicht nur beim Scheitern der
Klausel am AGBG, wie es die Arbeitsgruppe im Ersten
Teilbericht vorgeschlagen hatte¹³³⁾, sondern (zumindest
entsprechend) auch in anderen Fällen von Klauselnich-
tigkeit¹³⁴⁾. Selbst wenn eine Regelung nicht wegen
Benachteiligung Dritter oder Förderung der Unzucht an
§ 138 BGB scheitert¹³⁵⁾ und eine Individualabrede dieses

132) Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 7, 10

133) S. 93; ebenso RegE. zu § 5, BT-Drucks. 7/3919 S. 20

134) So auch: Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 2, 10; Stein
§ 6 RdNr. 5; Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 2 b;
Dietlein/Rebmann § 6 RdNr. 2; Staudinger/Schlosser
§ 6 AGBG RdNr. 3; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba
§ 6 RdNr. 2; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 3;
MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 3; MünchKomm/Löwe
§ 651 k RdNr. 10; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner
§ 6 RdNr. 3; Locher S. 56

135) Vgl. Palandt/Heinrichs Vorb. 4 b v. § 8 AGBG;
MünchKomm/Kötz Vor § 8 AGBG RdNr. 7; Schlosser/
Coester-Waltjen/Graba § 9 RdNr. 10; Staudinger/
Schlosser § 9 AGBG RdNr. 10

Inhalts zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führte, bleibt es beim Grundsatz des § 6 Abs. 1.

Bei den von § 6 Abs. 2 ausgehenden Wegen zur Lückenverhinderung und -füllung ist dagegen auf die allgemeinen Regeln zur Bestimmung des weiteren Klauselschicksals einzugehen.

Verstößt etwa der Verwender mit einer unzulässig langen Nachfristsetzung nicht nur gegen § 10 Nr. 2, sondern gleichzeitig gegen § 138 Abs. 1 BGB, kann es geboten sein, wegen der § 138 Abs. 1 BGB zugrundeliegenden Wertungen auf geltungserhaltende Reduktion zu verzichten.

Umgekehrt mag die Lage bei einem Vertragsstrafeversprechen sein, das allein wegen der Strafhöhe angreifbar ist. Ein Verstoß gegen die in § 11 Nr. 6 enthaltenen vier Verbotsfälle liegt dann nicht vor. § 11 kann deshalb ebenso wie § 138 BGB außer acht bleiben. Die überhöhte Strafe als solche führt nur zur Sittenwidrigkeit, da § 343 BGB in diesen Fällen Herabsetzung der Strafe vorsieht¹³⁶⁾.

Allerdings scheitert die Klausel an § 9, der neben § 11 Nr. 6 anwendbar ist¹³⁷⁾ und auch durch § 343 BGB nicht verdrängt wird. Denn ansonsten könnten überhöhte Vertragsstrafen nicht Gegenstand abstrakter Klauselkontrolle sein¹³⁸⁾.

136) Erman/H. P. Westermann § 343 RdNr. 1; MünchKomm/Söllner § 343 RdNr. 9; Lindacher, Vertragsstrafe S. 100 - 107

137) Erman/H. P. Westermann § 339 RdNr. 2; Koch/Stübing § 11 Nr. 6 RdNr. 21; Palandt/Heinrichs § 343 Anm. 1 b, § 11 AGBG Anm. 6 a bb; MünchKomm/Kötz § 11 AGBG RdNr. 45; Nachtrag zu RdNr. 48; Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 6 RdNr. 4; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 11 Nr. 6 RdNr. 19; Stein § 11 RdNr. 48

138) MünchKomm/Kötz § 11 AGBG RdNr. 50; vgl. auch Belke DB 1968, 559, 603, 605

So bietet es sich an, bei der Rechtsfolgenbetrachtung § 343 Abs. 1 S. 1 BGB einzubeziehen und die Klausel im Wege geltungserhaltender Reduktion mit angemessenem Inhalt aufrechtzuerhalten.

Die Beispiele verdeutlichen, daß zwar keine übergeordneten Wertungen aus sonstigen Nichtigkeitsgründen folgen, das Schicksal der unwirksamen Klausel jedoch im Einzelfall von den in weiteren Kontrollgesetzen enthaltenen Rechtsfolgen mitbestimmt werden kann. Deshalb sind die folgenden Ergebnisse verschiedener Wertungen unter dem Vorbehalt des Eingreifens sonstiger Nichtigkeitsfolgenregelungen zu sehen.

5. Gesamtschau der verschiedenen Aspekte bei der Beurteilung der Zulässigkeit und Grenzen möglicher Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln

Die Vielzahl der erörterten Aspekte gebietet es, die Wertungen zusammenzustellen, die sich in besonderer Weise als tauglich für die Rechtsfolgenbetrachtung herausgestellt haben.

Ausgehend vom Grundsatz des § 6 Abs. 1 - Gültigkeit des Restvertrages - ist an erster Stelle das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs zu nennen. Die Folgen der Unwirksamkeit sind auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken. Eng damit zusammen hängt das Streben nach angemessenem Interessenausgleich, das der Gesetzgeber abgemildert, jedoch nicht ganz aufgehoben hat. Daran wird deutlich - und das ist drittens zu beachten -, daß es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist und wohl auch aufgrund der Materie unmöglich war, ein System konkreter Prüfungsmaßstäbe und Angemessenheitsrichtlinien sowie

Mißbrauchsgrenzen zu schaffen. Das wiederum wird bei der Rechtsfolgenfestsetzung insoweit zu berücksichtigen sein, als dem rechtssuchenden Verwender nicht vorgehalten werden kann, ebenso unfähig beim Erkennen des Zulässigen zu sein wie der Gesetzgeber beim Anordnen des Verbotenen.

Bei der Risikoverteilung hinsichtlich der Konsequenzen aus der Unwirksamkeit der Klausel spielt der Gesichtspunkt normativer Prävention eine Rolle. Es bedarf der Entscheidung darüber, ob eine Abschreckung vor mißbräuchlicher Gestaltung durch entsprechende Rechtsfolgen geboten ist. Schließlich ist als Faustregel das Verbot des Neuschreibens des Vertragsinhaltes zu beachten.

Dagegen können aus dem Transparenzerfordernis keine Hinweise für die Rechtsfolgen abgeleitet werden.

Gleiches gilt für die Betrachtung des AGBG als Gesetz zur Wiederherstellung des BGB.

Das erlaubt folgende Ergebnisse:

a) Teilbarkeit von Klauseln

Die angemessenen Teile unwirksamer Regelungen sind ohne Einschränkung aufrechtzuerhalten. Sie gelten weiter, da der Verwender durch ihren Gebrauch nicht gegen das AGBG verstößt. Der Rechtsverkehr wird durch sie nicht beeinträchtigt. Sie beachten die Grenzen des Erlaubten und täuschen nicht mehr Rechte vor, als zulässigerweise vorbehalten werden können. Wer auch sie verwirft, schießt über das Ziel hinaus.

Klauselteile, die der Verwender zulässigerweise sofort wieder beim Abschluß neuer Verträge stellen darf, können weder im Verfahren gem. §§ 13 ff. untersagt werden noch darf der Einzelfall, ohne sie zu beachten, **entschieden**

werden. Wer sie streicht, weil ein enger räumlicher und inhaltlicher Zusammenhang mit nichtigen Klauselteilen besteht, behandelt Gleiches ungleich. Wirksame eigenständige Regelungen werden auch nicht von benachbarten unwirksamen Klauseln betroffen, selbst wenn sie Gegenstand einer räumlich einheitlichen Gesamtregelung sind. Eine "Ansteckungsgefahr" besteht weder für Klauseln noch für Klauselteile, da nach inhaltlichen Kriterien abzugrenzen ist und nicht nach der zufälligen, jederzeit abänderbaren Anordnung im Klauselwerk. Nicht das schriftstellerische Talent des Verwenders ist zu bewerten, sondern seine Fähigkeit, die Grenzen des Angemessenen zu beachten.

Selbst beim bewußten Mißachten des Erlaubten in Teilbereichen einer Regelung darf dem Mißbrauch nicht dadurch begegnet werden, daß Zulässiges unbeachtet bleibt. Anderenfalls werden nicht nur Lücken vergrößert, sondern u. U. Regelungen verworfen, die vom Kunden gewollt, zumindest aber akzeptiert werden. Wer dem AGB-Unterworfenen einen Pyrrhussieg dadurch erspart, daß der Restvertrag weitergilt, nimmt diese Grundentscheidung teilweise zurück, wenn er Abstriche am wirksamen Rest macht. Zu diesem Rest gehören auch angemessene Klauselteile. Dabei geht es nicht an, danach zu differenzieren, ob sie den Kunden begünstigen oder den Verwender besserstellen. Das ist im Kontrollverfahren häufig nicht generell zu sagen, spielt im Rahmen des § 6 Abs. 1 keine Rolle und schafft zusätzliche Schwierigkeiten beim Ausloten der Einstellung des Verwenders, dem Feststellen des Mißbrauchs, Voraussetzung dafür, auch wirksame Teile zu erfassen. Bewußtem Überschreiten des Erlaubten kann durch den nichtigen Teil betreffende Rechtsfolgen begegnet werden.

Durch die Weitergeltung wirksamer Regelungsteile bleibt das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs gewahrt.

Vertragsinhalte werden nicht neu geschrieben. Selbst bei pauschaler Formulierung ändert sich allenfalls der Wortlaut, nicht aber der Regelungsbereich der Ursprungsfassung. Im Einzelverfahren genügt die Klärung, ob der Klauselbereich wirksam ist oder der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden kann. Daß dabei auf den Kläger Kosten wegen der teilweisen Klageabweisung zukommen, ist gerechtfertigt. Wenn Wirksames und Nichtiges innerhalb einer Klausel von juristisch beratenen Verbänden nicht richtig geschieden werden kann, liegt kein offenkundiger Mißbrauch beim Verwender/Empfehler vor. Vielmehr zeigen sich daran die Schwierigkeiten eines wenig befriedigenden Gesetzes. An ihm ist auch der Kläger teilweise gescheitert. Dieses Risiko geht er mit der Klageerhebung ein.

b) Geltungserhaltende Reduktion

Die vorgenannten Wertungen erlauben keine eindeutige Stellungnahme hinsichtlich Zulässigkeit und Grenzen geltungserhaltender Reduktion - anders als bei der Frage der Teilbarkeit. Denn während es bei der Teilbarkeit primär um den Umfang des Nichtigkeitsurteils geht, müssen hier Konsequenzen aus der Unwirksamkeit gezogen werden.

Wer versucht, nichtige Klauseln oder nichtige Klauselteile durch Rückführen auf den erlaubten Kern mit einem Inhalt aufrechtzuerhalten, der nachfolgender Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 standhält, beachtet das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs. Er verhindert dadurch im Einzelverfahren Lücken, die zu beseitigen beim Fehlen passenden Gesetzesrechts schwierig sein kann.

Diesem Versuch stehen jedoch wichtige Argumente entgegen. Die Mißbrauchsgefahr ist nicht zu bannen, wenn dem

Verwender bei Unwirksamkeit seiner AGB diejenigen Rechte vorbehalten bleiben, die er selbst unter Ausschöpfung der Angemessenheitsgrenze hätte erzielen können. Rückführung auf das gerade noch Zulässige verleitet geradezu zur Überschreitung der Schranken. Selbst der um wirksame Regelungen bemühte Verwender wird vorsorglich mehr als mit den §§ 9 - 11 vereinbar in seine Klauseln schreiben, um seine Rechte auf jeden Fall voll auszuschöpfen. Das Klauselkontrollverfahren braucht er dabei nicht zu fürchten. Denn bei nur geringem Überschreiten unklarer Grenzen ist eine Klage schon deshalb unwahrscheinlich, weil auch die klagebefugten Verbände kein eindeutiges Nichtigkeitssurteil fällen können, ein hohes Prozeßrisiko eingingen und folglich eher die eindeutigen Verstöße bekämpfen werden.

Bei solchermaßen provozierter Unangemessenheit greift auch ein anderer Einwand durch. Der Richter wird zum Handlanger des Verwenders und formuliert statt seiner die zulässige Fassung.

aa) Bei der Verbandsklage entfällt geltungserhaltende Reduktion. Die angegriffene Regelung ist im Umfang der Nichtigkeit ganz oder teilweise zu untersagen. Der u. U. wirksame Kern bedingt keinen Teilerfolg des Verwenders. Denn dieser Kern ist nicht selbständig weitergeltungsfähig. Er bedarf eines geänderten oder neuen "Mantels", um Wirkungen entfalten zu können. Der Kern ist nicht wirksamer Teil einer im übrigen nichtigen Klausel.

Mit der Nichtigkeit der Klausel kann es sein Bewenden haben. Geltungserhaltender Reduktion bedarf es nicht, da bei abstrakter Klauselkontrolle keine Lücke durch den Wegfall der nichtigen Bedingung eintritt. Das Unterlassungsurteil kann gefällt werden ohne Blick auf die Konsequenzen. Der Wunsch, Klarheit über das in Zukunft Erlaubte

zu erhalten, mag Hinweise auf die gerade noch zulässige Klauselfassung auch im Interesse einer positiven Breitenwirkung rechtfertigen. Das ist jedoch kein Problem geltungserhaltender Reduktion, sondern eine prozeßrechtliche Frage. Es geht allein darum, ob das Gericht aus Anlaß der Klauselkontrolle die Klarheit schaffen darf, die der Gesetzgeber nicht verwirklichen konnte bzw. der Verwender dem Gesetz und der Rechtsprechung nicht entnommen hat.

Auch folgender Gesichtspunkt spricht gegen die Zulässigkeit geltungserhaltender Reduktion: Eine vom Richter präsentierte Neugestaltung kann nicht Gegenstand der Kontrolle sein, da sie bisher weder gestellt wurde noch vorherzusehen ist, ob sie in Zukunft jemals gestellt werden wird. Der Verwender kann den Kern auch in einen anderen "Mantel" hüllen oder ganz auf ihn verzichten. Erlaubt das Gericht im Tenor, eine reduzierte Fassung weiterzuverwenden, müßte der Kläger dagegen Berufung einlegen können, falls er auch die abgeänderte Klausel für nichtig hält. Dann wäre über eine Regelung zu befinden, die u. U. auch vom Verwender nicht gewollt ist. Er würde das Unterlassungsbegehren ggf. sofort anerkennen. Um die damit verbundene Kostenfolge des § 93 ZPO zu verhindern, hätte der Kläger innerhalb der Berufungsfrist den Verwender abzumahnern. Beide Parteien müßten sich so innerhalb kurzer Frist mit einer Klausel auseinandersetzen, die sie nicht gewollt haben. Daraus wird deutlich, daß eine verbindliche Entscheidung über das zukünftig noch Erlaubte bei der Verbandsklage nicht interessengerecht ist. Es bedarf ihrer nicht.

bb) Im Einzelverfahren ist ein anderer Weg zu gehen. Hier ist es im Regelfall der Lückenverhinderung oder -beseitigung zur Entscheidung über die Klage nötig. Mit folgenden Einschränkungen kommt geltungserhaltende Reduktion in Betracht:

(1) Zunächst ist - abweichend von dem in Rechtsprechung und Literatur erörterten Vorgehen - nicht die das Verwenderinteresse optimal berücksichtigende Fassung zu suchen. Vielmehr ist der Klauselinhalt angemessen, d. h. unter Beachtung der Belange beider Vertragspartner zu reduzieren. Der Richter hat, um nicht zum Handlanger des Verwenders zu werden, hinter dem an sich zulässigen Maximum zurückzubleiben. Er wehrt damit zunächst den aufgrund des Verstoßes gegen die §§ 9 - 11 gegebenen Mißbrauch ab und stellt alsdann bei den Rechtsfolgen einen angemessenen Interessenausgleich her, dessen Verwirklichung der Gesetzgeber wünscht.

Die Berücksichtigung der Belange beider Vertragsteile gibt Fehlern zwar nicht mehr die geringstmögliche Folgewirkung, dennoch wird nicht weiter eingegriffen, als es nach dem Gesetz erforderlich ist.

Der grundsätzlich gesetzestreue Verwender hat damit auch keinen Anreiz mehr, im Zweifel mehr als erlaubt in sein Klauselwerk einzuarbeiten. Die Gefahr, im Rechtsstreit hinter dem an sich Möglichen zurückzubleiben, genügt, ihn zu vorsichtigem Abfassen der Bedingungen zu veranlassen.

Dagegen reicht Reduktion auf das Angemessene nicht aus, bewußtem Mißbrauch der Zulässigkeitsgrenzen Einhalt zu gebieten. Wer auf Unkenntnis des Kunden setzen will, wird davon nicht abgehalten, nur weil er im - wenig wahrscheinlichen - Streit vor Gericht mit dem angemessenen Klauselinhalt vorlieb nehmen muß. Das gilt um so mehr, wenn das Angemessene nur wenig hinter dem gerade noch Zulässigen zurückbleibt, jedoch das im dispositiven Gesetz Vorgesehene noch weit übertrifft. Deshalb ist in diesen Fällen weiter einzuschränken.

(2) Einmal könnte gezielter Mißbrauch bei der Abwägung beiderseitiger Interessen berücksichtigt werden. Dann würde die Position des AGB-Unterworfenen entsprechend der verwerflichen Gesinnung des Verwenders verstärkt.

Dieser Weg mag größtmögliche Gerechtigkeit im Einzelfall zur Folge haben. Er ist jedoch in der Praxis nicht zu verwirklichen und entspricht nicht den Maßstäben der §§ 254, 276 BGB.

Die innere Haltung des Verwenders zu seinen Klauselwerken vermag letztlich nur er selbst darzustellen; er wird sie immer beschönigen.

Im Zivilrecht wird bei der Bewertung von Obliegenheitsverletzungen und Verschuldensprüfung nicht an die persönlichen Fähigkeiten des Betroffenen angeknüpft, sondern an das Handeln eines verständigen Menschen (objektiv-abstrakter Verschuldensmaßstab).

Dem Mißbrauch ist auf andere Art zu begegnen.

(3) Geltungserhaltende Reduktion scheidet aus, wenn der Verwender nicht an objektiv bestehenden, durch die Gesetzesfassung bedingten Schwierigkeiten gescheitert ist. Von ihm wird nicht mehr Fingerspitzengefühl für eine zulässige Klauselgestaltung verlangt, als der Gesetzgeber sie hatte.

Der Verwender muß allerdings sichtbare Grenzen beachten. Dagegen verstößt er regelmäßig, wenn er die in § 11 (mit Ausnahme von Nr. 5) enthaltenen klaren Grenzen überschreitet oder die weniger deutlichen Grenzen der übrigen Kontrollnormen weit hinter sich läßt.

Ferner ist von ihm die Beachtung der zur Ausfüllung des Gesetzes ergangenen Rechtsprechung zu verlangen. Wo die Urteile Schwierigkeiten der Gesetzesfassung beseitigen,

muß der Verwender nicht an Unzulänglichkeiten der §§ 9, 10, 11 Nr. 5 scheitern, sondern sich um zulässige Klauseln bemühen. Deshalb darf er nicht Regelungen stellen, deren Unwirksamkeit bereits feststeht. Wer keine Rechtsabteilung hat, die die höchstrichterlichen Urteile verfolgt, muß einen Anwalt konsultieren, seinen Berufsverband um Rat bitten oder anderweitig Empfehlungen einholen. Die Klauseln sind laufend auf den neuesten Stand zu bringen. Der Verwender darf nicht darauf vertrauen, daß ein einmal verfaßtes Klauselwerk immer Bestand hat.

Wer für sich Rechte in Anspruch nimmt, schafft gleichsam Gefahrenquellen für seine Kunden. Seine Aufgabe ist es, die Gefahren zu beherrschen bzw. sie gering zu halten. Er darf nicht auf (erkennbare) Kosten seiner Vertragspartner agieren.

Deshalb kommt geltungserhaltende Reduktion auf das beiderseits Angemessene im Einzelverfahren nicht in Betracht, wenn der Verwender Klauseln stellt, die eindeutig gegen Gesetzesschränken oder höchstrichterliche Rechtsprechung verstoßen.

(4) Schließlich scheitert geltungserhaltende Reduktion nicht daran, daß verschiedene Klauselfassungen in Betracht kommen, die die Belange der Vertragsparteien gleichmäßig berücksichtigen. Selbst wenn unklar bleiben sollte, was die allein angemessene Regelung ist, so daß Auswahl geboten wäre, kann anhand der nachstehenden Kriterien entschieden werden, welche Fassung der Richter bei der Entscheidung des Einzelfalls zugrundelegen hat.

Dabei bieten sich zwei unterschiedliche Wege an. Zunächst könnte das Gericht die verschiedenen Reduktionsmöglichkeiten sammeln und dann prüfen, welche den Verfasser eher begünstigen und welche den AGB-Unterworfenen besser-

stellen. Alsdann böte es sich an, in entsprechender Anwendung des in § 5 niedergelegten Rechtsgedankens die reduzierte Fassung zu wählen, die dem Kunden (im Rahmen des immer noch beiderseits Angemessenen) am meisten entgegenkommt.

Möglicherweise ist auch der umgekehrte Weg zu gehen. Statt nach vielen (abstrakten) Reduktionsmöglichkeiten zu suchen und alsdann den (konkreten) Einzelfall darunter zu subsumieren, kann ausgehend vom Verwenderinteresse reduziert werden. Dazu ist zu prüfen, ob die nichtige Ursprungsfassung der Klausel derart umgestaltet werden kann, daß der Verwender ganz oder zumindest teilweise obsiegt. Der dabei gefundene AGB-Inhalt muß insgesamt angemessen sein, also die Kundeninteressen gleichgewichtig berücksichtigen. Das folgt aus dem Reduktionsmaßstab Angemessenheit.

M. E. ist allein der zweite Weg gangbar. Die erste Möglichkeit stößt auf verschiedene Bedenken.

Die Gerichte sind überfordert, zunächst alle reduzierten Fassungen herauszuarbeiten. Denn nicht immer hat es mit der Beseitigung des Übermaßes durch Zerlegen von Schadenspauschalen, von Fristen usw. sein Bewenden. Selten ist zu übersehen, ob außer den gefundenen noch andere Gestaltungen angemessen sind.

Auch ist die Grenze zum Verbot des Neuschreibens des Vertragsinhaltes schwierig einzuhalten.

Letztendlich erfordert es auch der Schutz des Kunden nicht, bei mehreren angemessenen Regelungen die für ihn günstigste anzuwenden. Seinen Belangen wird bereits bei der Reduktion Genüge getan. Sie sind nicht höher einzu-

stufen als die des Verwenders. Im Unterschied zur Ausgangslage bei § 5 hat dieser sich bestmöglich um wirk-
same Klauseln bemüht.

Die Unklarheitenregel trifft dagegen einen Verwender, der es versäumt hat, sich verständlich auszudrücken. Deshalb muß er die sich daraus ergebenden Nachteile tragen. Seine Interessen haben hinter denen des Kunden zurückzutreten. Ihm verbleiben allerdings immer noch die Vorteile erhalten, die die zu seinen Lasten ausgelegte Regelung gegenüber der gesetzlichen enthält. Wegen dieser unterschiedlichen Bewertung der beiderseitigen Interessen paßt der § 5 zugrundeliegende Gedanke bei mehreren Möglichkeiten geltungserhaltender Reduktion nicht. Damit scheidet die Anwendung der für den Kunden günstigsten Fassung aus.

Vielmehr hat das Gericht den zweiten Weg einzuschlagen und ausgehend vom Verwenderinteresse im konkreten Fall zu reduzieren. Daß dabei die für ihn relativ beste Möglichkeit zur Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde gelegt wird, beruht nicht auf gewollter Bevorzugung, sondern ist Konsequenz der einzig praktikablen Regelung. Sie entspricht auch dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs und wird damit dem Grundanliegen geltungserhaltender Reduktion am ehesten gerecht, zur Verhinderung von ausfüllungsbedürftigen Lücken eine Fassung zu finden, die einer Inhaltskontrolle standhält und der Ursprungsregelung möglichst nahekommt.

c) (Sonstige) Wege zur Lückenfüllung

Soweit geltungserhaltende Reduktion auf das Angemessene nicht möglich oder zulässig ist, bedarf es (weiterer) Überlegungen, wie Lücken zu füllen sind. Diese Erwägungen betreffen ausschließlich das Einzelverfahren, da es bei der abstrakten Klauselkontrolle mit dem Unterlassungs-

gebot sein Bewenden haben kann. Ebenso wie bei geltungserhaltender Reduktion bedarf es anderer Wege, um eine verbindliche Entscheidung über das zukünftig Erlaubte zu erhalten.

Im Individualprozeß kommen die Ergänzung anhand der Vertragsnatur und des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes, die ergänzende Vertragsauslegung und die Anwendung dispositiven Rechts und (ausnahmsweise) Geschäftsgrundlageregeln in Betracht. Diese Möglichkeiten stehen jedoch nicht in einer (inhaltlichen) Rangfolge. Vielmehr sind sie nebeneinander anzuordnen, auch wenn inhaltlich unterschiedlich tiefe Einschnitte in die Ursprungsfassung der an den §§ 9 - 11 gescheiterten Regelung damit verbunden sind. Diese Unterschiede legen es nahe, zunächst den Weg zu erörtern, der dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs am nächsten steht:

aa) Ergänzung anhand der Vertragsnatur und des Leitbildes der Verkehrsauffassung

Beide Grundsätze füllen die Lücke auf eine Weise, die der ursprünglichen Verwenderintention näher steht als das dispositive Recht. Das mag es nahelegen, wie bei der geltungserhaltenden Reduktion dem Verwender, der die Unwirksamkeit seiner Klausel kennen konnte, diesen Weg zu verschließen und dispositives Recht anzuwenden.

Im Ergebnis behandelte man in diesem Falle jedoch Gleiches ungleich. Denn beim Vorliegen eines Leitbildes paßt das dispositive Recht nicht. Das wird etwa beim Gebrauchtwagen-Kaufvertrag deutlich, wo im Wege ergänzender Vertragsauslegung die stillschweigende Vereinbarung eines Haftungsausschlusses für Verschleißteile angenommen wird. Damit wird zu Recht der Umfang der Gewährleistungspflichten des Verkäufers eingeschränkt,

auch ohne daß er sich Derartiges in den AGB vorbehalten hat. Wenn aber der Vertrag bereits ohne entsprechende Klauseln nach seiner Natur und dem Leitbild der Abrede behandelt wird, dann ist ein Weg zur Lückenfüllung vorgezeichnet, der auch bei nichtigen AGB zu gehen ist. Denn der Verwender darf nicht schlechter gestellt werden als er ohne die Bedingungen stünde.

Ergänzende Vertragsauslegung und Anpassung nach Vertragsnatur und dem von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbild unterscheiden sich nur graduell. M. E. ist dadurch nur ein besonderer Weg vorgezeichnet, die Lücken zu schließen. Wer ihn nicht geht, hat die gleichen Erwägungen im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung anzustellen. Nur der Deutlichkeit halber ist die Lückenfüllung mittels Anpassung an Vertragsnatur und -leitbild als selbständige Möglichkeit dargestellt worden und allein der Klarheit wegen vorab zu versuchen.

Die Ungleichbehandlung ergibt sich noch aus einem anderen Aspekt. Bei atypischen, weiterentwickelten oder neu-konzipierten Vertragsgestaltungen scheidet ein Rückgriff auf dispositives Recht mangels entsprechender Normen häufig aus. Dann bleibt nur die Möglichkeit, an Vertragsnatur und -leitbild anzupassen bzw. zu ergänzen. Die dabei erzielten Ergebnisse sind gerecht. Anpassung wird nicht dadurch ungerecht, daß eine im Gesetz verankerte Vertragsgestaltung vorliegt, für die dispositive, jedoch unpassende Regelungen bestehen. Ansonsten hinge Gerechtigkeit davon ab, ob der Gesetzgeber rechtzeitig ein in der Verkehrsauffassung geprägtes Leitbild normiert. Da die tatsächliche Entwicklung zumeist der Gesetzgebung vorausgeht, wären für die Zwischenzeit offensichtliche Ungerechtigkeiten nicht zu vermeiden. Das Beispiel des Reisevertragsrechts macht deutlich, daß materielle Gerechtigkeit nicht davon abhängen kann, ob das BGB dem

heutigen Wirtschaftsleben angepaßt worden ist. Reiseverträge mit AGB, die vor Geltung der §§ 651 a - 651 k BGB an den §§ 9 - 11 scheitern, waren damals an das nunmehr Gesetz gewordene Leitbild anzupassen und nicht nach den zumeist unpassenden Werkvertragsregeln abzuwickeln. Auch daraus wird deutlich, daß Mißbrauch der Gestaltungsfreiheit einer Vertragsanpassung nicht entgegensteht.

Sonstige Wertungskriterien, die der Lückenfüllung unter Beachtung von Vertragsnatur und -leitbild widersprechen, sind nicht ersichtlich.

bb) Fehlt ein Vertragsleitbild, ist auf dispositives Recht zurückzugreifen oder ergänzend auszulegen. Dafür gelten die allgemeinen Grundsätze. Immer ist zu fragen, ob das dispositive Recht paßt. Wenn das nicht der Fall ist oder Normen fehlen, steht der Richter vor der wohl schwersten Entscheidung bei der Rechtsfolgenbestimmung. Er hat Lücken zu füllen, ohne daß Gesetze oder Verkehrsauffassung halbwegs sichere Anhaltspunkte zur Verfügung stellen. U. U. scheitert dann der gesamte Vertrag.

cc) Gleiches gilt für die Lückenbeseitigung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Soweit sie im Einzelfall überhaupt passen, stehen AGB-spezifische Wertungskriterien ihr nicht entgegen.

d) Hinweise auf zulässige Klauselgestaltungen

Aufgrund der Unzulässigkeit geltungserhaltender Reduktion und der Anpassung nach Vertragsnatur und dem Leitbild der Verkehrsauffassung kommt bei der Verbandsklage Hinweisen auf wirksame Klauselgestaltungen eine besondere Bedeutung zu. Deren Zulässigkeit beurteilt sich nach den allgemeinen im Zivilprozeß geltenden Grundsätzen.

Der besondere Wunsch, gerade im abstrakten Kontrollverfahren Klarheit über die Wirksamkeit einer Regelung zu erhalten, bedingt zwar bei Nichtigkeit das Verlangen, die den §§ 9 - 11 standhaltende Klausel kennenzulernen. Daraus folgt jedoch nicht, daß AGB-spezifische Wertungen Hinweise erfordern. Denn soweit es nicht zur Begründung des Nichtigkeitsurteils erforderlich ist, auf die zulässige Fassung einzugehen, können Hinweise verwirren, das Blickfeld des Verwenders einschränken und u. U. Vorschläge enthalten, die keine Partei will. Selbst wenn nur eine Möglichkeit wirksamer Regelung in Betracht kommt, ist ein Hinweis darauf abzulehnen. Denn dadurch gestaltete letztlich der Richter die Klausel aus. Das ist nicht Aufgabe der Gerichte.

M. E. sollte die vielfach geübte Praxis fortgeführt werden, bei unklaren Grenzen die Nichtigkeit einer Regelung aus dem Vergleich zu ihrer zulässigen Fassung herzuleiten oder sie im Rahmen der teleologischen Auslegung der Kontrollnormen bei der Folgenbetrachtung wirksame Gestaltungen aufzuzeigen.

VI. Rechtsfolgenbestimmung mittels salvatorischer Klauseln

Vielfach wird wegen der Schwierigkeit, wirksame Klauseln zu stellen, und der Unsicherheit über die Rechtsfolgen nichtiger AGB versucht, den Rahmen des Zulässigen durch salvatorische Klauseln voll auszuschöpfen.

1. Dazu bieten sich verschiedene Möglichkeiten an.

- Die Regelungen können einen Vorbehalt des gesetzlich Zulässigen enthalten. Das geschieht dadurch, daß Rechte des Vertragspartners eingeschränkt oder ausgeschlossen sowie Ansprüche des Verwenders geschaffen werden, "soweit dies gesetzlich zulässig ist"¹⁾. Das soll die Nichtigkeit der Klauseln verhindern und ließe Probleme bei der Rechtsfolgenbestimmung entfallen.
- Möglich sind auch Regelungen, die den Nichtigkeitsumfang in der Klausel beschneiden sollen. So sind Schlußformulierungen denkbar, die einzelne Klauseln bei Unwirksamkeit in größtmöglichem Umfang aufrechterhalten sollen: "Sollte eine der vorstehenden Klauseln teilweise unwirksam sein, so bleibt die Klausel selbst im übrigen wirksam".

1) Garrn JA 1981, 151, 152, 156; Thümmel/Oldenburger BB 1979, 1067; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 39; Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 28; Schlosser WM 1978, 562, 568; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 13; Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; Bunte NJW 1981, 2657, 2661;
So heißt es etwa in Ziff. 10 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken in der Fassung vom 1. April 1977: "Kreditauskünfte erteilt die Bank unter Ausschuß der Haftung, soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist". Vgl. Dirichs WM 1978, 626; Canaris Bankvertragsrecht RdNr. 2532 ff.; Lanio S. 179 f. In ähnlicher Weise wird etwa in den Allgemeinen Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen für das Radio- und Fernsehhandwerk versucht, einen gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Restbereich des Haftungsausschlusses durch salvatorische Klauseln zu fassen. Nr. II 4.6 lautet: "Ausgeschlossen sind alle anderen, weitergehenden Ansprüche des Kunden einschließlich etwaiger Schadensersatzansprüche ..., soweit gesetzlich zulässig und nicht grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegt" (Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 99/77 vom 22.9.1977 BAnz v. 6.10.1977)

Daneben kommen Vereinbarungen in Betracht, die sich auf quantitativ abstufbare, also zerlegbare Regelungsinhalte beziehen und vorsehen, daß bei Unwirksamkeit dieser Klauseln auf ein gesetzlich zulässiges Maß reduziert werden soll²⁾.

- Drittens können konkrete Ersatzregelungen für den Fall der Nichtgeltung der in erster Linie vorgesehenen Regelung eine bestimmte, an die Stelle der Ursprungsfassung tretende Lösung enthalten³⁾.
- Beide Vertragspartner können sich verpflichten, eine einverständliche Lösung bei Nichtigkeit von Klauseln herbeizuführen, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Regelung weitestgehend entspricht⁴⁾.
- Schließlich kann sich der Verwender das Recht ausbedingen, die unwirksame Bedingung bzw. den nichtigen Klauselteil durch eine dem wirtschaftlichen Erfolg möglichst nahekommende Regelung zu ersetzen⁵⁾.

Sämtliche Vereinbarungen können grundsätzlich individuell ausgehandelt werden, aber auch Bestandteil des Klauselwerks sein. Immer geht es darum, ob der Verwender auf diese Weise die Rechtsfolgen nichtiger Klauseln selbst festlegen, Unwirksamkeit verhindern und dadurch vorstehende

2) Garrn JA 1981, 151, 152, 155; Ebel DB 1979, 1973, 1975;

3) Garrn JA 1981, 151, 155; Koch/Stübing § 6 RdNr. 4; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 39

4) Garrn JA 1981, 151, 154; H. Baumann NJW 1978, 1953; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 11; Palandt/Heinrichs § 6 AGBG Anm. 3; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 38; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 12

5) Garrn JA 1981, 151, 152; H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 38; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 11

Ergebnisse zur Rechtsfolgenbestimmung zu seinen Gunsten abändern kann.

2. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen durch Individualabrede

Relativ einfach ist die Beurteilung der Zulässigkeit, wenn beide Vertragspartner übereinstimmend abweichende Vereinbarungen treffen.

a) Klauseln mit konkreten Ersatzbestimmungen können unbedenklich individualvertraglich vereinbart werden. Sie verstoßen nicht gegen § 6 Abs. 2. Diese Vorschrift läßt abweichende Ersatzvereinbarungen zu. Ob die Norm dispositiver Natur ist, kann dahinstehen. Denn entscheidend ist allein, ob § 6 Abs. 2 zwingend den Rückgriff auf das dispositive Recht anordnet. Weitgehend wird das verneint⁶⁾.

Zunächst ergäbe sich bei zwingendem Verweis auf dispositives Recht eine eigenartige Konsequenz: Nachgiebiges Recht würde in zwingendes umgewandelt. Die Parteien ver-lören Vertragsgestaltungsfreiheit. Dieser Rechtsentzug sanktionierte das Verfehlen der Zulässigkeitsgrenzen. Dafür aber bietet das Gesetz keine Anhaltspunkte. Die Gesetzesmaterialien begründen übereinstimmend § 6 Abs. 2 lediglich damit, dem Grundgedanken, den Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt aufrechtzuerhalten,

6) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6 RdNr. 1; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 11; H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 38; Garrn JA 1981, 151, 152; Palandt/Heinrichs § 6 Anm. 3 a. E.; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 12; a. A. Koch/Stübing § 6 RdNr. 5

entspreche es, das verdrängte Gesetzesrecht an die Stelle der mißbilligten Klausel treten zu lassen⁷⁾. Den Parteien soll mithin keine vom Gesetzgeber für richtig gehaltene Regelung aufgedrängt werden. Vielmehr wurde das dispositive Recht allein deshalb gewählt, weil es ohne besondere Abrede gilt und dazu dient, unvollständige Parteiabreden zu ergänzen⁸⁾.

Allein beim Stellen von AGB hat der Gesetzgeber die Gestaltungsfreiheit eingeschränkt. So bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, Klauselinhalte durch Individualvereinbarungen festzulegen und damit der Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 zu entziehen. In gleicher Weise muß es auch möglich sein, Auffangklauseln auszuhandeln. Daß sie unter der Bedingung der Nichtigkeit der zunächst vorgesehenen Klausel stehen, erfordert keine andere Betrachtungsweise.

Auch die anderen Wege zur Lückenverhinderung und -füllung ändern eine Ersatzregelung nicht. Denn sie sind Hilfsmittel, deren es nicht bedarf, wenn keine Lücke entstehen kann.

Auf diese Weise kann sich der Verwender das nach den §§ 9 - 11 maximal Mögliche vorbehalten. Das beruht darauf, daß diese Regelungen als Individualabreden anderen, den allgemein im Vertragsrecht geltenden Kontrollnormen unterliegen. Deshalb kommen Einschränkungen, die sich aus AGB-spezifischen Wertungen ergeben, nicht in Betracht. Der Kunde bedarf keines besonderen Schutzes. Denn er hat die Ersatzklauseln mit ausgehandelt.

7) RefE. zu § 10 Abs. 2, DB 1974, Beilage 18/74 S. 22; RegE. zu § 5 Abs. 2, BT-Drucks. 7/3949 S. 21; CDU/CSU-E. BB 1974, Beilage 9/74 S. 8

8) H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954 f.; Koch/Stübing § 6 RdNr. 4

Besonders häufig wird diese Fallkonstellation allerdings nicht vorkommen. Denn zum einen weckt der Verwender durch den Wunsch nach individuell ausgehandelten Ersatzklauseln beim Kunden Zweifel an der Angemessenheit der entsprechenden Regelung im AGB-Werk. Zum anderen wird aus der Individualvereinbarung leicht selbst eine AGB. Denn regelmäßig wird der Verwender die Ersatzklausel häufiger vereinbaren wollen und kaum bereit sein, über ihren Inhalt zu verhandeln.

b) Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln

Deren Zulässigkeit ist entsprechend den vorstehenden Ausführungen zu bejahen. Dabei sind die Teilung aussprechenden Vereinbarungen schon deshalb unproblematisch, weil sie allein das geltende Recht wiederholen.

Bei dem Vorbehalt geltungserhaltender Reduktion auf das Zulässige oder Angemessene ist ebenfalls ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 gegeben. Zwar wird die nichtige Klausel nicht durch eine individualvertraglich vereinbarte ersetzt, doch ändert sich dadurch nichts an der Bewertung von § 6 Abs. 2. Die Parteien haben die Möglichkeit, andere Rechtsfolgen als im AGBG vorgesehen zu wählen. Ob sie das im voraus durch vorformulierte Ersatzregelungen tun oder nur den Weg zur Findung neuer Klauseln festlegen, ist sekundär. Auch durch die Vereinbarung geltungserhaltender Reduktion werden nur Regelungen abgedungen, die ihrerseits dispositiv sind.

Widersprüche zu den anderen Wegen zur Lückenfüllung bestehen nicht, da geltungserhaltende Reduktion ihnen auch sonst vorgeht.

Der AGB-Unterworfene ist im Vergleich zu konkreten Ersatzregelungen insoweit besser gestellt, als durch die

Reduktion gewährleistet ist, daß die Zulässigkeitsgrenzen der §§ 9 - 11 eingehalten werden. Der Verwender hat dagegen den Vorteil, sich das maximal Zulässige vorbehalten zu können. Selbst der bewußt unwirksame Klauseln Stellende kann reduzieren, wenn der Vertragspartner dem zustimmt.

Zu beachten ist, daß die Grenze zum Neuschreiben des Vertragsinhalts nicht überschritten werden darf. Diese Grenze verhindert, daß der Verwender sämtliche Klauseln überzieht.

Auch bei diesen Vereinbarungen gilt, daß sie leicht zu AGB werden und alsdann eine andere Beurteilung geboten ist.

c) Verpflichtung der Parteien zur Vereinbarung von Neuregelungen

Grundsätzlich haben Abreden bei Nichtigkeit von Klauseln eine Ersatzregelung zu vereinbaren, die dem angestrebten wirtschaftlichen Erfolg möglichst nahekommt, das gleiche Verhältnis zu § 6 Abs. 2.

aa) Um dieses Verhältnis genauer beurteilen zu können, ist die rechtliche Einordnung zu klären.

(1) Es könnte ein Vorvertrag sein⁹⁾, eine schuldrechtliche Vereinbarung, die das Recht gibt, den Abschluß des sogenannten Hauptvertrages zu verlangen. Die vorzeitige Bindung der Parteien wird bezweckt, und zwar regelmäßig zu einem Zeitpunkt, da dem Abschluß des Hauptvertrages noch tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Dabei muß der Inhalt des Hauptvertrages in seinen

9) So Koch/Stübing § 6 RdNr. 5

wesentlichen Grundzügen schon soweit festgelegt sein, daß sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung die restlichen Einzelheiten ermitteln lassen und Klage auf Abschluß eines Hauptvertrages erhoben werden kann¹⁰⁾.

Salvatorische Klauseln, die allgemein auf den wirtschaftlichen Erfolg der jeweils unwirksamen Regelung verweisen, sind regelmäßig nicht geeignet, die hauptvertraglichen Pflichten so eindeutig festzulegen, daß auch der Richter auf sie zu erkennen vermag¹¹⁾. Deshalb ist in einer solchen Abrede kein Vorvertrag zu sehen.

(2) Vielmehr scheint es angemessener, die salvatorische Klausel als Vereinbarung einer Vertragsgestaltungsbefugnis¹²⁾, Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts gem. § 315 BGB zu deuten¹³⁾.

Ein Leistungsbestimmungsrecht setzt voraus, daß die Parteien den Willen haben, einen Vertrag zu schließen. Lediglich die Bestimmung von Leistung und Gegenleistung wird einer Partei anheimgestellt. Dabei muß jedoch die Leistung bereits bestimmbar, ihr Inhalt rahmenmäßig festgelegt sein. Die Vereinbarung kann sich auf die Bestimmung der Leistung als solche, aber auch auf ihre

10) Palandt/Heinrichs Einf. 4 b v. § 145; Erman/W. Hefermehl Vor § 145 RdNr. 39; MünchKomm/Kramer Vor § 145 RdNr. 33 ff.; Soergel/H. Lange/W. Hefermehl Vor § 145 RdNr. 39 ff.; Koch/Stübing § 6 RdNr. 5, jeweils m.w.N.

11) H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954; Koch/Stübing § 6 RdNr. 5

12) Garrn JA 1981, 151, 155

13) H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954; MünchKomm/Söllner § 315 RdNr. 30; Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 38

Modalitäten beziehen¹⁴⁾.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Zwar verpflichten sich beide Parteien, eine Ersatzregelung zu vereinbaren. Da jedoch die jeweils für den Verwender bestmögliche Bestimmung zu suchen ist, muß dem Verwender die Rolle zufallen, eine ihm geeignet scheinende Regelung vorzuschlagen. Er hat die präzisesten Vorstellungen hinsichtlich des wirtschaftlichen Erfolges.

Der Kunde wird die vorgeschlagene Ersatzregelung regelmäßig akzeptieren müssen. Er ist zu ihrer Annahme verpflichtet, soweit die Klausel nicht gegen die §§ 9 - 11 verstößt. Seine Mitwirkung ist darauf beschränkt, die Beachtung der Wirksamkeitsgrenzen zu fordern und Verstöße zu rügen. Ebenso wie bei § 315 BGB unterliegt die einseitig festgelegte Ersatzregelung gerichtlicher Kontrolle, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB analog¹⁵⁾.

Der Wertung als Leistungsbestimmungsrecht steht nicht entgegen, daß abweichend von § 315 Abs. 1 BGB nicht billiges Ermessen, sondern wirtschaftlich gleichwertiger Erfolg Orientierungsmaßstab sein soll. Denn § 315 Abs. 1 BGB enthält nur eine Auslegungsregel und hindert nicht, einen anderen Maßstab zu wählen. So kann die Leistungsbestimmung auch in das freie Ermessen einer Partei gestellt werden. Es gilt allein das Willkürverbot¹⁶⁾.

Schließlich ist auch die erforderliche Bestimmbarkeit gegeben. Die Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Erfolg legt den Regelungsinhalt rahmenmäßig fest. Das genügt

14) Erman/Battes § 315 RdNr. 4; Palandt/Heinrichs § 315 Anm. 1, 2 b; MünchKomm/Söllner § 315 RdNr. 1, 8

15) H. Baumann NJW 1978, 1953, 1954; Garrn JA 1981, 151, 155

16) Palandt/Heinrichs § 315 Anm. 2 a; RG 12.5.1920 Z 99, 105, 107; Erman/Battes § 315 RdNr. 5; MünchKomm/Söllner § 315 RdNr. 12

für die Annahme eines Leistungsbestimmungsrechts.

bb) Konsequenz dieser Wertung ist, daß die Verpflichtung der Parteien zur Vereinbarung von Ersatzregelungen nicht als selbständiger Typ salvatorischer Klauseln zu untersuchen ist. Vielmehr treffen darauf die im folgenden darzulegenden Erwägungen über die Befugnis des AGB-Verwenders zur Festlegung von Ersatzbestimmungen zu.

d) Die Befugnis des AGB-Verwenders zur Festlegung von Ersatzbestimmungen verstößt nicht gegen ansonsten geltende Rechtsfolgen. Zwei zusätzliche Überlegungen bestätigen das:

Wenn der Gesetzgeber in §§ 10 Nr. 4 und 11 Nr. 1 vorformulierte Leistungsbestimmungsrechte billigt, muß das erst recht für individuell vereinbarte gelten.

Zum zweiten ergibt sich für das Verhältnis zu § 6 Abs. 2, dessen Grundgedanke darauf zielt, den Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt aufrechtzuerhalten, folgendes: An die Stelle der in § 6 Abs. 2 vorgesehenen dispositiven Normen treten Regelungen, die aufgrund des § 315 BGB der Rechtsordnung entsprechen. Anderer Wege zur Lückenfüllung bedarf es nicht, da der Kunde durch die Neufassung das Entstehen unregelter Situationen verhindern kann. Geltungserhaltende Reduktion wird aus dem gleichen Grund überflüssig.

Mit der Befugnis zur Festlegung von Ersatzbestimmungen ist dem Verwender die Möglichkeit gegeben, den Zulässigkeitsrahmen der §§ 9 - 11 voll auszuschöpfen. Eine besondere Beachtung der Interessen des Vertragspartners ist nicht erforderlich, da dieser dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht ausdrücklich zugestimmt hat.

Möglicherweise kann der Verwender auch mehr festlegen, als das AGBG erlaubt. Das ließe sich dadurch erreichen,

daß er eine Ersatzklausel einbringt, die speziell und ausschließlich auf den zu entscheidenden Fall zugeschnitten ist. Sie fiele, da nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, nicht unter den Tatbestand des § 1. Folglich dürften die §§ 9 - 11 als Kontrollmaßstab nicht gelten.

Dem steht jedoch der Inhalt der salvatorischen Klausel entgegen. Denn Sinn des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts ist es, eine "Klausel" zu finden, die, anders als die Ursprungsregelung, mit dem AGBG vereinbar ist. Der Verwender soll nicht mehr, als zunächst im Klauselwerk vorgesehen, an Rechten erhalten und an Pflichten abbedingen dürfen. Vielmehr sollen die gleichen Wirksamkeitsschranken bestehen bleiben. Die neue Regelung ist ihrerseits Gegenstand richterlicher Inhaltskontrolle.

Was gilt, wenn der Verwender beim neuen Versuch, eine wirksame Klauselfassung zu finden, wiederum an den §§ 9 - 11 scheitert? Darf er eine weitere Ersatzregelung stellen? Die salvatorische Klausel bestimmt die Zahl der Versuche nicht. Dem Wortlaut läßt sich aber entnehmen, daß nur das Recht eingeräumt werden soll, die Ursprungsfassung zu ersetzen. Weitere Abänderungen stiften mehr Verwirrung, als sie Klarheit schaffen. Rückt der Verwender freiwillig von der Ersatzfassung ab und unterbreitet er einen weiteren vom Kunden akzeptierten Vorschlag, entstehen wegen der übereinstimmenden Abänderung keine Schwierigkeiten. Beharrt er auf der Regelung, kommt es zum Prozeß. Erachtet das Gericht die Ersatzbestimmung für nichtig, muß es entsprechend § 315 Abs. 3 S. 2 BGB verfahren und durch Urteil eine Regelung bestimmen.

Dem Verwender in dieser Situation einen erneuten Versuch zuzubilligen, hätte zur Folge, daß das Gericht immer weiter zu prüfen hätte, bis schließlich Wirksamkeit vorliegt. Das ist unpraktisch und läuft letztlich im

Ergebnis auf das gleiche hinaus. Denn auch im Rahmen des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB hat das Gericht den Zulässigkeitsrahmen voll auszuschöpfen.

e) Der Klauselzusatz "soweit zulässig" ist regelmäßig Bestandteil des AGB-Werks und nicht Inhalt einer Individualabrede. Selbst wenn er nicht der einzelnen Klausel zugeordnet wird, sondern sich auf sämtliche Bedingungen bezieht, erfüllt er wegen der wiederholten Verwendung die Voraussetzungen des § 1. Deshalb wird dieser Zusatz auch regelmäßig im Klauselwerk selbst stehen. Hinzu kommt auch hier, daß bei individueller Vereinbarung der Vertragspartner ausdrücklich auf die Bedenken gegenüber der Wirksamkeit der eigenen AGB aufmerksam gemacht wird.

Dennoch besteht die theoretische Möglichkeit, durch Parteiabrede zu vereinbaren, daß das Klauselwerk nur insoweit Vertragsbestandteil werden soll, wie die einzelnen Regelungen mit den §§ 9 - 11 in Einklang stehen. Die sich dabei ergebenden Schwierigkeiten, insbesondere die Frage, ob damit noch klar erkennbar ist, was gelten soll, treten in gleicher Weise wie bei formularmäßiger Fassung auf. Da dort der praktische Schwerpunkt ist, soll erst später zu dieser Frage Stellung bezogen werden.

3. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen in AGB-Klauseln

Regelmäßig wird der Verwender salvatorische Klauseln in sein AGB-Werk aufnehmen. Denn der Sache nach handelt es sich zumeist um Regelungen i.S.d. § 1, da eine häufige und wiederholte Verwendung geplant ist. Das erspart, mit dem Vertragspartner über Zweifel an der Wirksamkeit der eigenen Klauseln sprechen zu müssen.

Andererseits haben salvatorische Klauseln die einzelnen Prüfungsabschnitte - Einbeziehung, Auslegung, Inhaltskontrolle - zu bestehen, wenn sie die ansonsten eingreifenden Rechtsfolgen verdrängen sollen. Auch können sie Gegenstand abstrakter Klauselkontrolle gem. §§ 13 ff. sein.

a) Klauseln mit konkreten Ersatzbedingungen

aa) Selten wird die Einbeziehung vorformulierter Ersatzregelungen in den Vertrag an § 2 Abs. 1 Nr. 2 scheitern. Das Transparenzgebot kann leicht beachtet werden. Eine übersichtliche Anordnung verdeutlicht die Klauselinhalte, die ersatzweise gelten sollen. Allein die Unklarheit darüber, ob die zunächst vorgesehene Regelung gilt oder die salvatorische Klausel eingreift, beeinträchtigt die Kenntnisnahmemöglichkeit nicht. Zweifel an der Wirksamkeit sind bei allen Bedingungen möglich und werden von § 2 nicht erfaßt. Formale und inhaltliche Klarheit genügen. Wirksamkeitstransparenz ist nicht gefordert.

Auch im Hinblick auf § 3 treten keine Schwierigkeiten auf. Die Ersatzklausel selbst ist keine überraschende Regelung. Mit ihr hat der AGB-Unterwerfene zu rechnen. Ein Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt tritt nicht auf¹⁷⁾.

bb) Auch in Bezug auf die §§ 4 und 5 treten keine Besonderheiten auf. Dadurch, daß die salvatorische Klausel klar als Ersatzregelung gekennzeichnet ist, entstehen keine Zweifel über den zunächst gewollten Vertragsinhalt.

cc) Selbstverständlich dürfen die Ersatzklauseln nicht die Grenzen der §§ 9 - 11 überschreiten. Wie alle AGB müssen sie abstrakter Kontrolle anhand dieser Maßstäbe standhalten. Der Verwender kann sich - anders als bei

¹⁷⁾ a. A. Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 12

individueller Vereinbarung - nicht mehr Rechte sichern und nicht mehr Pflichten auf den Kunden abwälzen, als durch eine den Zulässigkeitsbereich voll ausschöpfende Erstfassung.

Möglicherweise muß der Verwender aber dahinter zurückstehen. Denn eine wirksame Ersatzklausel verdrängt die ansonsten geltenden Rechtsfolgen. Die dabei zu nennenden einzelnen Möglichkeiten orientieren sich nicht an den Mindeststandards. Sie berücksichtigen vielmehr neben den Verwenderinteressen auch die des Vertragspartners. Sieht man in den salvatorischen Klauseln einen neben der geltungserhaltenden Reduktion stehenden Weg zur Verhinderung ungeregelter Situationen, liegt die Forderung nach angemessenem Inhalt der Ersatzregelungen nahe. Es scheint, als ob ohne diese Einschränkung § 6 Abs. 2 und die anderen Rechtsfolgemöglichkeiten durch eine Bestimmung unterlaufen würden, die selbst dem AGBG unterfällt und den darin enthaltenen Zielvorstellungen gerecht werden muß.

Garrn zufolge läuft es dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwider, "wenn ein AGB-Verwender auch für den Fall der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit einer AGB-Bestimmung noch berechtigt wäre, mit Hilfe entsprechender AGB-Klauseln in jedem Fall die für ihn im Rahmen der §§ 9 - 11 AGBG bestmögliche und damit auch eine gerade noch zulässige Ersatzbestimmung durchzusetzen". Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Ersatzregelung von vornherein im Klauselwerk festgelegt werde oder erst im Prozeß¹⁸⁾.

Ich vermag dieser Ansicht nicht zu folgen. Es besteht ein Unterschied, ob das Gericht die Unwirksamkeit der

18) JA 1981, 151, 153, 155

Klausel feststellt, zur Begründung seiner Ansicht die Wirksamkeitsgrenzen aufzeigt und der Verwender alsdann aufgrund entsprechender salvatorischer Klauseln eine dem wirtschaftlichen Erfolg möglichst nahekommende Ersatzregelung formuliert oder ob er bei Vertragsschluß mit dem Risiko des Scheiterns eine die §§ 9 - 11 voll ausschöpfende Fassung stellt. Denn im ersten Fall, auf den im folgenden noch im einzelnen einzugehen sein wird, versucht der Verwender gleichsam als sein eigener Richter die Rechtsfolgen festzulegen. Dem ist das Stellen einer konkreten Ersatzregelung nicht vergleichbar. Diese gilt unabhängig davon, ob es zum Streit über die Wirksamkeit der zunächst nicht vorgesehenen Klausel kommt. Daher geht der Verwender bei konkreter Ersatzregelung auch ein ganz anderes Risiko ein. Er kennt die Grenze zur Nichtigkeit nicht, und je näher er ihr rückt, desto größer ist die Gefahr des Überschreitens, so daß auch die salvatorische Klausel nicht eingreift. Deshalb wird der Besonnene eher hinter dem gerade noch Erlaubten zurückbleiben. Garrns Gleichsetzung überzeugt damit nicht.

Es trifft insbesondere nicht zu, daß die Möglichkeit einer konkreten Ersatzregelung dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwiderläuft. In der Lehre wird ihre Zulässigkeit vielfach ohne jegliche Einschränkung bejaht¹⁹⁾.

Wie läßt sich das begründen? Entscheidend ist m. E., ob man dem Verwender einen zweiten Versuch zur Abfassung wirksamer Regelungen zubilligen darf oder sogar muß.

19) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 39; Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 48; Staudinger/Schlosser § 6 AGBG RdNr. 11; Koch/Stübing § 6 RdNr. 4; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 12

Wer das bejaht, hat dafür den Rahmen des ansonsten auch Zulässigen bereitzustellen. Anderenfalls bestünden kaum Unterschiede zu den allgemein geltenden Rechtsfolgen. Wer vom Verwender beim Zweitversuch das Herausfinden des einzig angemessenen Klauselinhalts verlangt, überfordert ihn und verurteilt dadurch den Versuch, eine wirksame Ersatzregelung zu stellen, von vornherein zum Scheitern. Die Entwicklung des § 9 verdeutlicht, daß dem Gesetzgeber das klar war. Er hat deshalb nur Mißbrauchsgrenzen gezogen. Diese müssen auch bei Ersatzregelungen gelten. Wer sie enger zieht, gelangt zu unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben. Das schafft insbesondere bei der abstrakten Klauselkontrolle Verwirrung, denn der Auskunftsuchende hätte bei der Wertung der ihm gem. § 20 mitgeteilten Tenore immer darauf zu achten, ob diese sich auf eine Ursprungsregelung beziehen oder eine Ersatzklausel meinen.

Des weiteren stellt sich die Mißbrauchsgefahr - Hauptgrund für die Reduktion auf das Angemessene - bei salvatorischen Klauseln weniger drastisch dar. Der Verwender gibt selbst zu erkennen, daß er den Fehlschlag der zunächst geplanten Regelung bedacht hat und für möglich hält. Das macht den Kunden mißtrauisch und kann ihn vor Übervorteilung bewahren.

Schließlich wird das AGBG durch konkrete Ersatzbedingungen auch nicht unterlaufen. Selbstverständlich werden die Rechtsfolgen abgeändert. Das geschieht jedoch durch Klauseln, die als solche nicht zu beanstanden sind. Die Abänderung - nicht zwingender - Rechtsfolgen ist im Vertragsrecht möglich. So, wie bei Individualabrede der Bestand des Vertragswerks einschließlich des gewünschten Inhalts durch besondere Absprachen gesichert werden kann, muß das auch bei AGB möglich sein. Daß dabei zur Sicherung vorformulierte Regelungen dienen, ist unerheblich,

solange ihr Inhalt zu billigen ist. Das beurteilt sich nach dem AGBG. Darin gibt es keine Anknüpfungspunkte für inhaltliche Einschränkungen gegenüber den §§ 9 - 11. Vielmehr fordert das gesetzgeberische Unvermögen, konkrete Maßstäbe an die Hand zu geben, insbesondere durch salvatorische Klauseln in Form konkreter Ersatzregelungen, Schwierigkeiten des Verwenders zu mildern.

Damit hat er die Möglichkeit, durch konkrete Ersatzregelungen seine Rechtsposition im Individualverfahren gegenüber den ansonsten eingreifenden Rechtsfolgen bei Klauselnichtigkeit zu verbessern.

Bei der Verbandsklage ändert sich nichts. Die Verurteilung zur Unterlassung unwirksamer Klauseln kann durch die Aufnahme von Ersatzklauseln nicht eingeschränkt werden²⁰⁾. Vielmehr sind beide Regelungen selbständig überprüfbar.

b) Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln

aa) Bei Rechtsfolgeregelungen im AGB-Werk, durch die der Verwender Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion festzuschreiben versucht, treten bereits bei Einbeziehung und Auslegung Probleme auf.

(1) Die Einbeziehung in den Vertrag könnte an § 2 Abs. 1 Nr. 2 scheitern. Danach muß es möglich sein, in zumutbarer Weise vom Klauselinhalt Kenntnis zu nehmen. Der Kunde muß den Regelungen selbst entnehmen können, welche Rechte und Pflichten ihn bei Unwirksamkeit der zunächst vorgesehenen Klausel treffen werden.

Dabei sind die Methode zur Rechtsfolgengewinnung sowie die aufgrund dieser Methode erzielten Ergebnisse auseinanderzuhalten.

20) So auch Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 39

Die Methode wird klar: Denn in Bezug auf Teilbarkeit wird nur eine ohnehin geltende Rechtsfolge wiederholt und hinsichtlich geltungserhaltender Reduktion auf einen allgemein bekannten Grundsatz hingewiesen.

Unklarheiten ergeben sich möglicherweise in Bezug auf die durch diese Methoden zu erreichenden Ergebnisse. Dem Kunden mögen der Nichtigkeitsumfang und der neue Inhalt der reduzierten Klausel unklar sein. Das scheint der Kenntnismöglichkeit und damit einer Einbeziehung der Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln entgegenzustehen.

M. E. ist den Anforderungen von § 2 Abs. 1 Nr. 2 Genüge getan. Denn es ist dem AGB-Unterworfenen klar, daß zunächst zu teilen, alsdann zu reduzieren ist. Er kennt durch die Mitteilung der Methode, auf welche Art und Weise der anstelle der unwirksamen Regelung tretende Klauselinhalt zu ermitteln ist. Mehr wollen und können die Teilbarkeits- und Reduktionsklausel nicht aussagen. Darüber hinaus ermöglichen sie sogar, den vorbestimmten, wenn auch u. U. schwierigen Weg nachzuvollziehen und zu erkennen, was gelten soll.

(2) Wer vorstehender Ansicht folgt, muß sich mit § 3 auseinandersetzen, dem Überraschungsverbot. Doch auch diesbezüglich gilt, daß der Kunde mit Klauseln rechnen muß, die ansonsten eingreifende oder mögliche Rechtsfolgen nur wiederholen. Außerdem ist es nicht ungewöhnlich, daß ein Klauselsteller versucht, durch spezielle Regelungen das in seinen AGB ansonsten Vorgesehene zu sichern bzw. das nach den Kontrollnormen noch Erlaubte herbeizuführen.

(3) Weiterhin kann es wegen der teilweise unterschieds-
losen Verwendung der Begriffe Teilbarkeit und Reduktion

zu Auslegungsschwierigkeiten kommen. Falls der Verwender nicht sauber zwischen teilbaren und nur zerlegbaren Klauseln unterscheidet, wird er entweder die Weitergeltung der wirksamen Klauselteile oder die Reduktion auf einen zulässigen Inhalt anordnen. Damit kann er sich jedoch nicht den Inhalt der jeweils anderen Rechtsfolgen vorbehalten. AGB sind eng auszulegen. Unklarheiten gehen zu Lasten des Formulierenden.

Der eine Reduktionsklausel stellende Verwender ist davon materiell jedoch nicht betroffen. Wirksame Klauselteile bleiben schon aufgrund der allgemein geltenden Rechtsfolgen aufrechterhalten. Er erreicht so das Gewollte ohne besondere Klausel.

Dagegen kann der sich die Teilbarkeit der AGB ausbedingende Verwender keine geltungserhaltende Reduktion aufgrund seiner "Teilbarkeits"-Klausel verlangen. Der Wortlaut erfaßt eindeutig nicht das Schicksal von nichtigen Klauselteilen. Auch bei unteilbaren Regelungen scheidet Reduktion über die allgemein gegebenen Möglichkeiten hinaus aus. Denn das Institut ist derart bekannt, daß derjenige, der Rückführung auf einen u. U. gerade noch zulässigen Inhalt will, den Begriff verwenden muß. Nur so vermag der Vertragspartner zu erkennen, was gewollt ist.

bb) Inwieweit er dadurch gegenüber dem Verwender von Reduktionsklauseln schlechter dasteht, hängt davon ab, ob durch derartige Regelungen überhaupt eine Rückführung auf einen gerade noch zulässigen Regelungsinhalt erreicht werden kann.

(1) Die Teilbarkeitsklausel ist jedenfalls zulässig. In ihr wird nur das wiederholt, was ohne sie bereits gilt.

(2) Der Reduktion auf eine für den Klauselsteller bestmöglichen Regelung - zulässig bei individuellen salvatorischen Klauseln - stehen bei Verankerung im AGB-Werk die gleichen Bedenken entgegen, die zur allgemeinen Einschränkung der Zulässigkeit geführt haben. Wiederum ist zwischen der grundsätzlichen Möglichkeit und dem Reduktionsmaßstab zu differenzieren.

(a) Zum ersten gilt: Wer den Mißbrauch der Vertragsfreiheit verhindern will, muß geltungserhaltende Reduktion immer dann versagen, wenn der Verwender nicht an den dem Gesetz innewohnenden Schwierigkeiten scheitert. Das ist der Fall, soweit er die Nichtigkeit seiner Regelung kannte oder kennen konnte. Wer gegen klare Grenzen verstößt, eindeutige Rechtsprechung zu unklaren Vorschriften mißachtet oder unklare Grenzen eindeutig hinter sich läßt, hat keinen Anspruch auf bestmögliche Aufrechterhaltung. Salvatorische Klauseln, die Gegenteiliges festlegen, laufen den im AGBG und der Rechtsgeschäftslehre verankerten Wertungen zuwider. Die Klauseln sind unvereinbar mit den wesentlichen Grundlagen des § 9 Abs. 2 Nr. 1 und den dazu entwickelten Rechtsfolgen (§ 6 Abs. 2). Sie verstoßen gleichsam gegen die Verkehrsauffassung zur Rechtsfolgenbestimmung und zerstören das Gleichgewicht zwischen Verwender- und Kundeninteressen. Der AGB-Unterworfene wird entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 9 Abs. 1).

Eine formularmäßige Reduktionsklausel ist deshalb unwirksam und im abstrakten Kontrollverfahren zu verwerfen.

(b) Die Reduktionsklausel ist jedoch nicht insgesamt, sondern nur teilweise nichtig. Denn geltungserhaltende Reduktion von Regelungen, deren Verstoß gegen die §§ 9 - 11 nicht vorhersehbar war, ist allgemein zulässig.

Für diese Fälle kann eine Rückführung auf einen wirk-
samen Inhalt auch formularmäßig vereinbart werden.

Eine (salvatorische) Reduktionsklausel ist für den Ver-
wender jedoch nur interessant, wenn ihm noch die Mög-
lichkeit bleibt, den Rahmen des gem. §§ 9 - 11 Zulässig-
en voll auszuschöpfen. Dazu muß Reduktion auf diesen
Inhalt möglich sein. Der Angemessenheitsgedanke dürfte
nicht gelten.

Neue Wertungsgesichtspunkte ergeben sich nicht. Reduk-
tion auf das zulässige Maximum verleitet dazu, im Zweifel
mehr als erlaubt in die Klauseln aufzunehmen. Um das zu
verhindern, scheiden solche salvatorische Klauseln aus.
Sie verstoßen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 und
sind daher bei abstrakter Klauselkontrolle zu verwer-
fen²¹⁾.

cc) Aus alledem folgt, daß der Verwender durch Teilbar-
keits- und Reduktionsklauseln im AGB-Werk keine Besser-
stellung erreichen kann. Soweit er mehr, als allgemein
schon gilt, festschreibt, sind die Regelungen (teilweise)
unwirksam.

Teilbarkeitsregelungen und Klauseln, die Reduktion auf
das Angemessene bei Unklarheit über die Wirksamkeit an-
ordnen, vermögen deshalb allenfalls Klarheit über die
im AGBG nicht niedergeschriebenen Rechtsfolgen zu schaf-
fen. Das mag für den Verwender Grund genug sein, sie in
sein Klauselwerk aufzunehmen. Wer mehr will, muß kon-
krete Ersatzregelungen stellen.

21) So im Ergebnis auch Garrn JA 1981, 151, 155

c) Formularmäßige Befugnis des Verwenders zur Festlegung von Ersatzbestimmungen

Klauseln, die den Verwender zum Abfassen solcher Ersatzregelungen ermächtigen, die dem wirtschaftlichen Erfolg möglichst nahekommen, sind ebenfalls problematisch.

aa) Ihrer Einbeziehung in den Vertrag kann ebenfalls § 2 Abs. 1 Nr. 2 entgegenstehen²²⁾. Auch hier ist zwischen der salvatorischen Klausel und der darauf beruhenden Ersatzregelung zu unterscheiden. Erstere kann bei Vertragsschluß zur Kenntnis genommen werden. Dagegen bleibt dem Kunden unklar, was bei Nichtigkeit einzelner Bedingungen letztlich gelten soll. Ihm wird auch kein Weg mitgeteilt, auf dem er selbst zur Rechtsfolgenbestimmung gelangen könnte.

Andererseits vermag der Kunde zu erkennen, daß die Neuregelung hinter der ihm transparenten (unwirksamen) Ursprungsfassung zurückbleiben, wenn auch dem wirtschaftlichen Erfolg möglichst nahekommen soll. Er weiß, daß er besser dastehen wird, als er zunächst akzeptiert hat. Das schafft keine endgültige Klarheit über den Umfang des von ihm tatsächlich Geforderten und die vom Verwender ausbedungenen Regelungen. Diese besteht erst, wenn die neue Fassung präsentiert wird.

M. E. reicht eine so gegebene Transparenz für § 2 Abs. 1 Nr. 2 aus. Die Zusammenschau beider Aspekte ergibt, daß

22) Daß die Ersatzregelung den Kontrollmaßstäben des AGBG unterfällt, ergibt sich daraus, daß der Verwender eine neue Klausel stellen soll. Selbst wenn die Regelung nur für den Einzelfall geschaffen wird, gelten die §§ 2 ff., denn es soll nicht mehr als zunächst vorgesehen erlaubt sein. Die neue Klausel tritt an die Stelle einer AGB mit den sich aus dem Charakter der Ursprungsfassung ergebenden Konsequenzen.

Kenntnisnahmemöglichkeit rechtzeitig besteht. Denn die Entscheidung darüber, ob der AGB-Unterwerfene Regelungen dieses Inhalts überhaupt akzeptiert, ist bereits mit der Einbeziehung der Ursprungsklausel in den Vertrag gefallen. Die Abweichungen müssen, um nicht als überraschend verworfen zu werden, derart geringfügig sein, daß sie auch vom generellen Einverständnis bei Vertragsschluß umfaßt werden.

Welche Rechte im Ergebnis dann letztlich dem Verwender vorbehalten bleiben und welche Pflichten den Kunden treffen, wird rechtzeitig mitgeteilt werden. Denn erst nach ihrer Bekanntgabe vermag die Neufassung Wirkungen zu entfalten²³⁾.

Die Einbeziehung scheitert auch nicht an § 3. Es ist weder überraschend noch ungewöhnlich, daß sich der Verwender das Recht vorbehält, unwirksame Klauseln durch wirksame zu ersetzen. Das gehört zu den im Vertragsrecht häufig eingeschlagenen Wegen, Einfluß auf die Rechtsfolgenbestimmung auszuüben.

Die jeweilige Ersatzbestimmung überschreitet dann nicht das Erwartbare, wenn sie eine Regelung enthält, die der zunächst geplanten vergleichbar ist und dem angestrebten wirtschaftlichen Erfolg nahekommmt.

Auslegungsschwierigkeiten lassen sich durch klare Formulierungen der salvatorischen Regelung und der Ersatzbestimmung vermeiden.

23) Auch Garrn verneint einen Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Nr. 2, weil ansonsten dem Verwender die Möglichkeit genommen werde, bei Festlegung gerechter Ersatzbestimmungen fallspezifische Gesichtspunkte zu berücksichtigen (JA 1981, 151, 154)

bb) Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, daß die neue Klausel ihrerseits den §§ 9 - 11 standhalten muß. Der Verwender ist nicht berechtigt, mehr zu verlangen, als ihm aufgrund der ansonsten geltenden Rechtsfolgen zustünde. Die bei der geltungserhaltenden Reduktion zugrundeliegenden Wertungen sind erneut zu durchdenken, weil das Bestimmungsrecht des Verwenders regelmäßig am gleichen Punkt ansetzt. Denn wegen des Weitergeltens wirksamer Klauselteile kommt eine Ersatzbedingung nur hinsichtlich der nichtigen Regelungsteile und bei unteilbaren Klauseln in Betracht.

Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

(1) Die Befugnis, eine Ersatzregelung zu stellen, entfällt ganz, wenn der Verwender die Unwirksamkeit seiner Regelung kannte oder kennen konnte. Wer sich nicht ernsthaft genug um wirksame Klauseln bemüht hat und/oder nicht an den Schwierigkeiten des Gesetzes gescheitert ist, hat keinen Anspruch darauf, das das Gericht Klauseln mit vom Verwender reduziertem Inhalt aufrechterhält. Anderenfalls erübrigte sich ein Streben nach wirksamen Bedingungen weitgehend.

(2) Auch für den, der am ungenauen Gesetz scheitert und wegen fehlender Konkretisierung durch die Rechtsprechung das Maß des Zulässigen verkennt, verbleibt es bei den allgemeinen Rechtsfolgen. Er kann durch eine Ersatzregelung Angemessenes verlangen, jedoch nicht den Zulässigkeitsrahmen der §§ 9 - 11 voll ausschöpfen.

(a) Das leuchtet bei Feststellung der Unwirksamkeit im Prozeß unmittelbar ein. Denn wenn dem Verwender nach dem gem. § 139 ZPO zu führenden Rechtsgespräch die vom Gericht angenommene Grenzziehung bekannt ist, spielt es keine Rolle, ob er oder das Gericht die Ursprungsfassung

abändert. Deshalb müssen auch die gleichen Einschränkungen dabei gelten. Könnte er die Grenzen voll ausschöpfen, hätte er mittels einfachen Zusatzes im Klauselwerk die Möglichkeit, die Zulässigkeitsgrenzen bei der Ursprungsfassung ohne Risiko geringfügig zu überschreiten. Das gilt es zu verhindern.

(b) Weniger eindeutig ist die Wertung bei Ersatzklauseln, die der Verwender im Laufe der Rechtsbeziehungen und unabhängig vom konkreten Rechtsstreit mit dem einzelnen Kunden stellt. Diese Situation tritt häufig bei neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung auf, durch die die Unwirksamkeit der Ursprungsregelung gegenüber dem Verwender oder anderen Verwendern/Empfehlern festgestellt wird.

Der Verwender scheint dann in der gleichen Lage zu sein wie beim Stellen konkreter Ersatzregelungen bei Vertragsabschluß. Denn noch steht nicht endgültig fest, wie eine wirksame Fassung auszusehen hat. Deshalb könnte der Verwender das Recht haben, mit eigenem Risiko den Rahmen der §§ 9 - 11 voll auszuschöpfen.

Allerdings geht der Verwender regelmäßig keine besonderen Risiken mehr ein. Denn die neuen Urteile geben letztlich in gleicher Weise Aufschluß über die Grenzziehung wie ein richterliches Aufklärungsgespräch. Selbst die Verwerfung der Klausel bei der Verbandsklage erlaubt Rückschlüsse auf das gerade noch Erlaubte. Denn zumeist ist den Entscheidungsgründen zu entnehmen, wo die Unwirksamkeit beginnt und wie eine zulässige Fassung auszusehen hat.

Schließlich kann der Verwender auch noch die Ergebnisse der wissenschaftlichen Diskussion berücksichtigen, die nach Vertragsschluß bekannt geworden sind. Seine Ersatzklauseln müssen in Kenntnis der Grenzen

deshalb nicht vorsichtshalber hinter dem Zulässigen zurückbleiben. Anders als der konkrete Ersatzregelungen stellende Verwender wird insbesondere der sich um wirksame Regelungen bemühende nicht ohne äußeren Anstoß durch Lehre und Rechtsprechung seine Klauseln ändern. Ändert er sie, tendieren seine Fassungen zur bestmöglichen Regelung und nicht in Richtung Angemessenheit wie bei den konkreten Ersatzregelungen. Infolgedessen ist die Situation der vorgenannten Prozeßlage vergleichbar.

Auch insoweit dürfen keine Ausnahmen vom Angemessenheits-erfordernis gemacht werden. Eine Besserstellung gegenüber den allgemein geltenden Rechtsfolgen durch formularmäßig vereinbarte salvatorische Klauseln erreicht auch der Verwender nicht, der sich um angemessene Bedingungen bemüht.

cc) Dieses Ergebnis führt zu unangenehmen Auswirkungen bei der abstrakten Klauselkontrolle, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht dem BGH folgt und das Unterlassungsgebot des § 17 zwingend auf Altverträge bezieht²⁴⁾.

Die Auswirkungen ergeben sich aus dem Inhalt der Ersatzregelung. Da diese nicht nur für die Abwicklung bestehender Verträge, sondern häufig auch für Neuabschlüsse vorgesehen ist, wird sie regelmäßig Gegenstand einer Verbandsklage werden. Denn wenn die Verwendung der Ursprungsfassung untersagt worden ist, wird der Kläger besonderes Augenmerk auf die entworfene Neufassung legen und diese ggf. überprüfen lassen. Dann stünden die Gerichte vor dem Dilemma, eine Klausel, die §§ 9 - 11 beachtet, für die Abwicklung bestehender Verträge

24) S. o. 2. Kap. B. IV. 2. c) bb) (d)

verwerfen zu müssen, falls die Angemessenheitsgrenze überschritten ist. Die Weiterverwendung wäre vorgerichtlich teilweise zu untersagen. Dadurch würde im abstrakten Kontrollverfahren die für positive Breitenwirkung erforderliche Klarheit zerstört. Auch deshalb sollte man das Unterlassungsverbot nicht auf die Abwicklung von Altverträgen beziehen und die verbleibende Lücke bei der Kontrolle in Kauf nehmen. Denn der Kunde, der um die Nichtigkeit der Ursprungsfassung weiß, ist vor-gewarnt. Er wird eher bereit sein, seine Rechte durch-zusetzen als jemand, der keinen Grund sieht, an der Wirksamkeit der Regelungen zu zweifeln.

d) Klausелеinschränkungen durch den Zusatz "soweit gesetzlich zulässig"

Die eingeschränkte Möglichkeit, durch salvatorische Klauseln Einfluß auf die Rechtsfolgen zu nehmen, rückt einen anderen Weg ins Blickfeld, Klauselnichtigkeit zu vermeiden: Zusätze zu einzelnen Bestimmungen, wonach den AGB-Unterworfenen Pflichten treffen und seine Rechte eingeschränkt werden sollen, "soweit dieses zulässig oder mit dem AGBG vereinbar ist".

Zu Recht wird diesem Versuch von der h. M. in Recht-sprechung und Lehre regelmäßig der Erfolg versagt²⁵⁾.

25) Ulmer/Brandner/Hensen § 2 RdNr. 53; § 6 RdNr. 39; Garrn JA 1981, 151, 156; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 5 RdNr. 8; Graf von Westphalen NJW 1979, 838, 840; a.A.: Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1067, 1070; Ebel DB 1979, 1973, 1975; differenzierend: Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 28, 29; Schlosser WM 1978, 562, 568 f.; Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 9; Bunte NJW 1981, 2657, 2662; Palandt/Heinrichs Vorb. 3 b v. § 8 AGBG; MünchKomm/Kötz § 6 AGBG RdNr. 13 und Nachtrag zu RdNr. 13

Nur ausnahmsweise sollen solche Zusätze wirksam sein, bei zweifelhafter Rechtslage und Unklarheit über die Grenzen zulässiger Abweichungen vom dispositiven Recht durch AGB. Um eine solche Randzone soll es sich beim Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit handeln²⁶⁾. Weiterhin dürfe der Zusatz aufgenommen werden, "wenn es zur Vermeidung eines unübersichtlichen Ausmaßes an Differenzierungen unerlässlich" sei²⁷⁾. Als Beispiel wird ebenfalls die vorstehende Haftungsausschlußklausel genannt²⁸⁾.

Um zu diesen Fällen zulässiger Verwendung zu gelangen, sind verschiedene Stufen zu prüfen:

aa) Fraglich ist, ob eine Regelung mit dem einschränken- den Zusatz "soweit gesetzlich zulässig" überhaupt transparent genug ist, um den Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 standzuhalten.

(1) Verschiedentlich wird Kenntnisnahmemöglichkeit verneint, weil der Vertragspartner über seine Rechte nahezu vollständig im unklaren gelassen werde. Es sei nicht möglich, aus der Klausel selbst zu entnehmen, was gelten solle²⁹⁾. Der Umfang der Abweichung vom dispositiven Recht bliebe im Dunkeln. Das rufe beim Kunden Unsicher-

26) OLG Stuttgart 19.12.1980, NJW 1981, 1105, 1106

27) Staudinger/Schlosser Einl. zu §§ 8 - 11 AGBG RdNr. 15, § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 29

28) Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 29; vgl. dazu auch M. Wolf NJW 1980, 2433 ff. Danach ist die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen, soweit sie betrifft:

- (1) eine zugesicherte Eigenschaft oder einen vergleichbaren Vertrauenstatbestand;
- (2) einen Schaden, der durch eine zumutbare Haftpflichtversicherung abgedeckt werden kann;
- (3) ein Verhalten mit typischen Gefahren für Leben und Gesundheit

29) Garrn JA 1981, 151, 156

heit hervor³⁰⁾. Es sei für juristische Laien wertlos, wenn auf textlich nicht wiedergegebene, aber ohnehin geltende gesetzliche Vorschriften in sehr allgemeiner Form Bezug genommen werde³¹⁾. Für den juristischen Fachmann sei die Bezugnahme unnötig³²⁾. Letztlich laufe der Inhalt des Zusatzes auf die Erklärung gegenüber dem Vertragspartner hinaus: "Ich will die Möglichkeiten des AGBG in vollem Umfang ausschöpfen, ermittle bitte selbst, was dies inhaltlich bedeutet"³³⁾.

Kenntnisnahme sei nicht mehr möglich. Daher scheitere die Einbeziehung der gesamten Klausel an § 2 Abs. 1 Nr. 2.

(2) Teilweise wird § 2 anders gelesen und differenziert. Eine klare und unzweideutige Fassung könne nur verlangt werden, soweit dies möglich und zumutbar sei³⁴⁾. Das sei nicht der Fall, wenn rechtlich Zweifel bestünden, inwieweit das AGBG eine Einschränkung der Kundenrechte zulasse. Solange höchstrichterliche Klärung fehle, wie der Grenzverlauf genau aussehe, könne das Erfordernis inhaltlicher Klarheit und Übersichtlichkeit nicht voll erfüllt werden³⁵⁾. Schlosser will darüber hinaus im Interesse der Übersichtlichkeit salvatorische Zusätze

30) Ulmer/Brandner/Hensen § 6 RdNr. 39 mit Verweis auf § 2 RdNr. 53

31) Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 28

32) Schlosser WM 1978, 562, 569

33) Schlosser WM 1978, 562, 569

34) OLG Stuttgart 19.12.1980, NJW 1981, 1105, 1106; Palandt/Heinrichs § 2 AGBG Anm. 3 d

35) Schlosser WM 1978, 562, 569; so auch Erman/H. Hefermehl § 6 AGBG RdNr. 9; Bunte NJW 1981, 2657, 2661

zulassen³⁶⁾. Wenn die Auflistung von Ausnahmefällen etwa bei der Haftungsausschlußklausel hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit kompliziert wirke und für den juristischen Laien kaum verständlich sei, ließe sich die notwendige inhaltliche Klarheit mittels salvatorischer Bestandteile schaffen. Dabei dürfe der Hauptsinn der Regelung nicht verborgen werden und der Zusatz nur Restfragen betreffen.

(3) Vereinzelt wird sogar ein Verstoß gegen § 2 verneint. Ohne weitere Begründung behaupten Thümmel und Oldenburg, die Mißachtung des Transparenzgebotes sei eine Frage des Einzelfalls; sie stelle sich hinsichtlich des Zusatzes als solchem nicht³⁷⁾. Willenbruch stimmt diesem Ergebnis zu. Es reiche aus, daß die Gesetze, auf die verwiesen werde, allgemein zugänglich seien³⁸⁾.

(4) M. E. scheitert die Einbeziehung ausnahmslos an § 2 Abs. 1 Nr. 2.

Willenbruchs Betrachtungsweise ist falsch. Die Möglichkeit, durch einen Blick ins Gesetz Klarheit über die tatsächlich geltende Regelung zu erlangen, besteht nicht.

Denn zum einen werden salvatorische Klauseln zumeist bei wenig eindeutiger Rechtslage gestellt. Wer als Verwender das gerade noch Erlaubte leicht erkennen kann, wird die Bedingungen entsprechend formulieren. Bei zweifelhafter Rechtslage aber hilft der Gesetzestext dem Kunden nicht weiter. Das gilt um so mehr, als selten

36) WM 1978, 562, 569; Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 RdNr. 29

37) BB 1979, 1067, 1068

38) BB 1981, 1976

das konkret gemeinte Gesetz bezeichnet wird und vielfach auch dispositive Normen fehlen.

Treffender als Schlosser es getan hat, kann der Inhalt des Zusatzes "soweit gesetzlich zulässig" kaum formuliert werden. Eindeutig ist allein, daß der Verwender die Möglichkeiten des AGBG voll ausschöpfen will. Was das inhaltlich bedeutet, ist ihm unklar. So soll der Vertragspartner ermitteln, was letztlich gilt.

Verwirrung besteht selbst dann, wenn die Rechtslage klar ist. Dann wird der Kunde durch den Zusatz unsicher, da ihm nicht einleuchtet, warum der Verwender überhaupt den Zusatz aufgenommen hat.

Die h. M. verneint Kenntnismöglichkeit zu Recht.

Die teilweise vorgenommene Einschränkung des Transparenzgebotes auf klare und unzweideutige Rechtslagen überzeugt nicht. Es gibt keine Rechtfertigung, in den erwähnten Randzonen Unklarheiten auf dem Rücken des Kunden auszutragen. Denn der Verwender hat die Möglichkeit, konkrete Ersatzregelungen zu stellen. Außerdem kann geltungserhaltende Reduktion seinen Belangen genügen³⁹⁾. Einen Anspruch auf das gesetzlich zulässige Optimum hat er nicht. Denn sonst bestünde die Gefahr, daß er sich im Zweifel mehr ausbedingt als erlaubt ist.

Gründe der Übersichtlichkeit lassen auch salvatorische Klauseln nicht zu. Schlosser hält das für erforderlich, weil ansonsten entfernt liegende Eventualitäten, die unzulässigerweise die Klausel erfaßte, zur Unwirksamkeit der genannten Regelung führen könnten. Er will so den totalen Wegfall etwa einer Haftungsfreizeichnungs-

39) So auch Garrn JA 1981, 151, 156

klausel verhindern⁴⁰⁾. Außerdem habe eine Klausel, welche die Haftung auf grobes Verschulden beschränke, den Vorteil großer Einprägsamkeit. Ihr gegenüber könne eine Regelung, aus der genau hervorgehe, wann der Verwender auch im Falle leichter Fahrlässigkeit oder ohne Verschulden zum Schadensersatz verpflichtet sei, der AGB-Unterworfene kaum verstehen⁴¹⁾.

Schlossers Erwägung überzeugt nicht:

Er versucht nicht, mit dogmatischer Begründung weitere Ausnahmen vom Transparenzgebot zuzulassen. Allein der Wunsch, zusätzliche Fallgruppen vom Erfordernis der Kenntnismöglichkeit zu befreien, vermag die Zulässigkeit nicht zu begründen.

Auch die von Schlosser dargelegten Argumente für das Gebotensein der Ausnahmen halten der Nachprüfung nicht stand.

Der Hinweis auf leichtere Einprägsamkeit geht von der unzutreffenden Überlegung aus, daß der Kunde sich den Klauselinhalt zu merken versuche. Das Gegenteil ist zu meist der Fall. Die Vielzahl von Verträgen, mit den unterschiedlichsten Verwendern und der Umfang der AGB verhindern regelmäßig jedes Einprägen. Selbst der Sorgsame kann kaum mehr tun, als vor Vertragsschluß die Regelungen durchzulesen und ggf. sich einzelne Bedingungen erläutern lassen. Dabei wird er oft feststellen müssen, daß sein Vertragspartner bzw. dessen Vertreter selbst Schwierigkeiten haben, den Inhalt darzulegen. Ein "Einprägen" kommt kaum in Betracht. Vielmehr wird der Kunde sorgfältig handelnd die AGB mit den Vertragsunterlagen abheften, um bei Schwierigkeiten darin

40) Schlosser WM 1978, 562, 569; Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 29

41) Schlosser WM 1978, 562, 569

nachschlagen zu können. Dann erst interessiert ihn, was im einzelnen z. B. im Falle leichter Fahrlässigkeit gelten soll. Kenntnismöglichkeit ist hierfür vorgesehen.

Auch der Gesichtspunkt "Vermeiden von Totalnichtigkeit" vermag die Zulässigkeit salvatorischer Zusätze nicht zu begründen. Denn Teilbarkeit von Klauseln bedingt, daß sich Unwirksamkeit nur auf die Fallkonstellationen bezieht, die unzulässigerweise von der Klausel (z. B. dem Haftungsausschluß) erfaßt werden. Im übrigen gilt die Regelung weiter. Deshalb bedarf es des Zusatzes nicht. Bei unteilbaren Bedingungen vermag die Einschränkung "soweit gesetzlich zulässig" Gesamtnichtigkeit nicht zu verhindern. Ansonsten würden die insbesondere bei geltungserhaltender Reduktion eingreifenden Wertungen unterlaufen.

Aus alledem ergibt sich, daß Klauseln mit dem Zusatz "soweit gesetzlich zulässig oder mit dem AGBG vereinbar" nicht Vertragsbestandteil werden können. Sie scheitern insgesamt an § 2 Abs. 1 S. 2. Denn Teilbarkeit kommt erst in Betracht, wenn etwas Vertragsbestandteil geworden ist, was alsdann aufgespalten werden kann.

Damit erübrigt sich grundsätzlich ein Darlegen der Vereinbarkeit mit den §§ 3 ff. Dennoch soll auf die weiteren Prüfungsstufen eingegangen werden. Denn vielfach wird bei der vorliegenden Klausel sofort auf die Unklarheitenregel des § 5 abgestellt und zur Einbeziehung in den Vertrag nicht mehr Stellung genommen.

Auch bedarf es der Klärung, wie bei abstrakter Kontrolle gem. §§ 13 ff. zu verfahren ist.

bb) Unproblematisch ist die Vereinbarkeit der vorgenannten Klausel mit § 3. Ihr angestrebter Inhalt ist nicht

überraschend. Denn es ist nicht unüblich, den Rahmen des nach den §§ 9 - 11 Zulässigen voll auszuschöpfen.

cc) Ein Verstoß gegen § 5 wird verschiedentlich bejaht. Die Formulierung "soweit gesetzlich zulässig" sei so allgemein gehalten, daß ohne genaue Ermittlung, was im Einzelfall noch zulässig sei, die Bedeutung der Klausel nicht erkannt werden könne⁴²⁾. Löwe erachtet sie für unklar, mehrdeutig, verworren und lückenhaft⁴³⁾. Schlosser sieht einen Verstoß gegen den Sinn von § 2 und § 5⁴⁴⁾.

Dem widersprechen Thümmel/Oldenburger mit formaljuristischer Akribie⁴⁵⁾. Sie unterscheiden zwischen Auslegung der Klausel und Subsumtion des Lebenssachverhalts. Zunächst seien Inhalt des Tatbestandes und Rechtsfolge der Bestimmung festzustellen. Nur soweit hier Unklarheiten bestünden, finde § 5 Anwendung.

Um Auslegung handele es sich, wenn alsdann geprüft werde, ob ein bestimmter Sachverhalt ein Fall des Tatbestandes des Obersatzes sei.

Die Formulierung "soweit gesetzlich zulässig" sei in keinem Fall unklar. Als ihr eindeutiger Sinn ergebe sich vielmehr, daß die Regelung in dem Umfang, wie das Gesetz dies dulde, von ihm abweiche. Soweit der Vertragspartner für den einzelnen konkreten Sachverhalt nicht entscheiden könne, ob die in der Klausel getroffenen abweichenden Regelungen zulässig seien und welche Rechtsfolgen im Einzelfall gelten, berühre das § 5 nicht. Die Schwierigkeit, die Grenze zu finden, sei ein Subsumtionsproblem.

42) LG München I 10.4.1979, BB 1979, 702

43) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 5 RdNr. 8; ebenso Graf von Westphalen NJW 1979, 838, 840; Dittmann/Stahl RdNr. 243

44) Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 7 AGBG RdNr. 28

45) BB 1979, 1067, 1070

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. An § 5 scheitert die Bedingung nicht. Der Inhalt der Regelung lautet: "Grundsätzlich beabsichtige ich folgende Gestaltung. Soweit sie nicht zulässig sein sollte, will ich jedenfalls die Möglichkeiten des AGBG in vollem Umfang ausschöpfen. Ermittle bitte selbst, was dies inhaltlich bedeutet"⁴⁶⁾. Des weiteren paßt - und das wird allgemein übersehen - die Rechtsfolge des § 5 nicht. Die Unklarheitenregelung erlaubt bei Mehrdeutigkeit einer Klausel eine Interpretation zu Lasten des Verwenders, die seinen Vertragspartner begünstigt. Die Regelung müßte (bei unterstellter Mehrdeutigkeit) so "zurückgestutzt" werden, daß sie weniger in die Rechte des AGB-Unterworfenen einschneidet. Maßstab dafür kann nur das gesetzlich (gerade noch) Zulässige sein. Weitere Einschränkungen zu Gunsten des Kunden wären willkürlich und vermischten Auslegung und Rechtsfolgenbestimmung nach vollzogener Inhaltskontrolle. Bei einer derartigen Interpretation besteht jedoch kein Unterschied mehr zu dem von Schlosser herausgestellten Inhalt, wonach die Möglichkeiten des AGBG in vollem Umfang ausgeschöpft werden sollten.

dd) Richtiger Ansatzpunkt für die Verwerfung der Regelung kann daher nur § 9 sein⁴⁷⁾. Bei der nach dieser Norm vorzunehmenden Inhaltskontrolle muß das gleiche gelten wie bei der Teilbarkeits- und Reduktionsklausel. Denn der Sache nach macht es keinen Unterschied, ob nach festgestellter Unwirksamkeit der Klauselinhalt in seinen wirksamen Teilen weitergelten, im übrigen auf einen zulässigen reduziert werden soll oder man der Nichtigkeit dadurch vorzubeugen versucht, daß nur, soweit zulässig,

46) Schlosser WM 1978, 562, 569

47) Ulmer/Brandner/Hensen § 9 RdNr. 48

Rechte eingeschränkt und Pflichten ausbedungen werden sollen. Denn d. h. nichts anderes als Weitergelten der wirksamen (zulässigen) Klauselteile und eingeschränkte (reduzierte) Geltung des Restes. Was das inhaltlich bedeutet, kann jedoch erst nach einer Prüfung anhand der §§ 9 - 11 festgestellt werden. Auch hier bedarf es folglich der Inhaltskontrolle. Demgemäß handelt es sich bei dieser Klausel nur scheinbar um eine Einschränkung des primär gestellten Klauselinhalts. Tatsächlich liegt eine Rechtsfolgenbestimmung vor. Deren Zulässigkeit beurteilt sich nach den vorstehend bei der Teilbarkeits- und Reduktionsklausel aufgelisteten Kriterien.

Danach ist eine Besserstellung gegenüber den allgemein geltenden Rechtsfolgen nicht möglich.

ee) Damit sind gleichzeitig die Weichen zur Beantwortung der oben⁴⁸⁾ offen gebliebenen Frage gestellt, ob die Position des Verwenders beim Aushandeln des Zusatzes verbessert wird. Konsequenterweise gilt wie beim individuellen Vereinbaren von Teilbarkeits- und Reduktionsklauseln das gesetzlich maximal Zulässige zu Gunsten des Verwenders weiter.

4. Zusammenfassung

Salvatorische Klauseln sind beim individuellen Aushandeln geeignet, die Position des Verwenders gegenüber den allgemein geltenden Rechtsfolgen zu verbessern. Formulärmäßig gefaßte Bedingungen vermögen demgegenüber nur dann eine Besserstellung herbeizuführen, wenn sie konkrete Ersatzregelungen enthalten.

48) s. 3. Kap. B. VI. 2. e)

V i e r t e s K a p i t e l

E R G E B N I S S E :

Die Diskussion über Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist erwartungsgemäß auch sechs Jahre nach dem Inkrafttreten des AGBG noch nicht zum Abschluß gekommen. Trotz vieler ungeklärter Einzelpunkte in fast allen Bereichen des neuen Gesetzes kann jedoch 100 Jahre nach dem ersten Urteil des Reichsgerichts zu vorformulierten Vertragsinhalten Übereinstimmung in grundsätzlichen Dingen festgestellt werden. Das gilt insbesondere für den Standort der §§ 9 - 11 und die Behandlung des wirksamen Vertragsrestes.

Vor eigentlicher Inhaltskontrolle ist bei der Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Individualprozeß zu klären, ob das Klauselwerk Inhalt des Einzelvertrages geworden ist. Dabei geht es vor allem darum, ob die Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 vorliegen¹⁾

1) s. 2. Kap. B. I. 1. - 5.

und die Regelung für den Kunden nicht überraschend ist²⁾.
Alsdann ist auf einer zweiten Prüfungsstufe der Klausel-
inhalt auszulegen unter Beachtung des in § 4 niederge-
legten Vorrangs des individuell ausgehandelten Vertrags-
teils³⁾. Des weiteren ist die Unklarheitenregel - Zweifel
gehen zu Lasten des Verwenders - in § 5 zu beachten⁴⁾.
Vorab hat das Gericht allerdings zu versuchen, durch
anerkannte Auslegungsgrundsätze Klarheit über die Rege-
lung zu gewinnen: objektive Auslegung, Beachtung der
Einzelumstände, Restriktionsprinzip⁵⁾.
Nicht mehr vertretbar ist dabei die schon früher um-
strittene geltungserhaltende Auslegung⁶⁾.
Alsdann findet eigentliche Inhaltskontrolle statt⁷⁾.
An deren Spitze steht die Beurteilung anhand der Klau-
selkataloge ohne Wertungsmöglichkeit (§ 11)⁸⁾. Es folgen
die Klauselkataloge mit Wertungsmöglichkeit (§ 10)⁹⁾.
Danach ist die Generalklausel (§ 9) heranzuziehen¹⁰⁾.

Im abstrakten Kontrollverfahren gem. §§ 13 ff.¹¹⁾ stehen
die Prüfung des Verwendens und Empfehlens von AGB¹²⁾
und der Begehungs- und Wiederholungsgefahr¹³⁾ neben der

2) s. o. 2. Kap. B. I. 6.

3) s. o. 2. Kap. B. II. 1.

4) s. o. 2. Kap. B. II. 2.

5) s. o. 2. Kap. A. II. 1., 2., 4.

6) s. o. 2. Kap. A. II. 5.

7) s. o. 2. Kap. B. III.

8) s. o. 2. Kap. B. III. 1.

9) s. o. 2. Kap. B. III. 2.

10) s. o. 2. Kap. B. III. 3.

11) s. o. 2. Kap. B. IV.

12) s. o. 2. Kap. B. IV. 2. a)

13) s. o. 2. Kap. B. IV. 2. b)

Inhaltskontrolle¹⁴⁾. Dagegen scheiden die §§ 2 - 5 als Kontrollstufen aus¹⁵⁾.

Im Gegensatz zu diesen Grundlagen besteht bei der Beurteilung der Rechtsfolgen nichtiger Klauseln kaum Übereinstimmung.

M. E. gilt folgendes für den Individualprozeß:

- Auszugehen ist von § 6 Abs. 1. Danach gelten die von der Nichtigkeit nicht betroffenen Vertragsteile weiter. Zur Bestimmung des verbliebenen Restes ist der Inhalt der nichtigen "eigenständigen" Klausel herauszuarbeiten. Dieser wird innerhalb der durch das Klauselwerk gezogenen Grenzen nach materiellen Kriterien bestimmt. Dazu sind den (vorformulierten) Lebenssachverhalten die vorgesehenen (und vorformulierten) Rechtsfolgen zuzuordnen. Dabei ergeben sich entsprechend der Anzahl der möglichen Verknüpfungen von Lebenssachverhalt und Rechtsfolge "eigenständige" Klauseln¹⁶⁾.
- Steht der Inhalt des weitergeltenden Restvertrages fest, muß bei teilbaren Regelungen der "gute Rest" gefunden werden. Auch er ist, da von der Unwirksamkeit nicht betroffen, aufrechtzuerhalten und dem gem. § 6 Abs. 1 gültig bleibenden Restvertrag zuzuordnen¹⁷⁾. Teilbar sind AGB bei generellen, zu weit gefaßten und undifferenzierten Formulierungen. Die darin enthaltenen Unterpunkte ergeben sich durch den Blick ins Gesetz sowie aus den von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Inhalten. Bei pauschal gefaßten Lebenssachverhalten ist der von der Nichtigkeit betroffene herauszuarbeiten¹⁸⁾.

14) s. o. 2. Kap. B. IV. 2. c)

15) s. o. 2. Kap. B. IV. 2. c) bb)

16) s. o. 3. Kap. B. I. 2.

17) s. o. 3. Kap. B. V. 5. a)

18) s. o. 3. Kap. B. I. 3. b)

- Bei unteilbaren, allenfalls zerlegbaren Klauseln¹⁹⁾ und hinsichtlich des nichtigen Klauselrestes kommt geltungserhaltende Reduktion in Betracht. Sie ist zulässig, wenn der Verwender an den objektiv bestehenden, durch die Gesetzesfassung bedingten Schwierigkeiten gescheitert ist, nicht dagegen, wenn er eindeutige Grenzen mißachtet, ungenaue Verbote eindeutig verletzt oder die zur Ausfüllung des Gesetzes ergangene Rechtsprechung außer acht gelassen hat²⁰⁾. Zurückzuführen ist auf einen beiderseits angemessenen Inhalt. Dabei ist regelmäßig hinter den durch §§ 9 - 11 gezogenen Grenzen zurückzubleiben²¹⁾.
- Soweit geltungserhaltende Reduktion nicht zulässig oder möglich ist, bedarf es sonstiger Wege zur Lückenfüllung²²⁾. An erster Stelle steht dabei die Ergänzung anhand der Vertragsnatur und des von der Verkehrsauffassung geprägten Leitbildes²³⁾. Fehlt dieses Leitbild und ist die Vertragsnatur unklar, kommt die Anwendung dispositiven Rechts in Betracht. Passen die gesetzlich verankerten Normen nicht, so sind die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung anzuwenden²⁴⁾. Ausnahmsweise kann auch durch die Geschäftsgrundlageregeln eine angemessene Gestaltung geschaffen werden²⁵⁾. Dagegen ist auf Hinweise zu zulässigen Klauselgestaltungen zu verzichten, falls sie nicht der Begründung der Nichtigkeit dienen und somit die Entscheidung nicht tragen²⁶⁾.

19) s. o. 3. Kap. B. I. 3. b), bb)

20) s. o. 3. Kap. B. V. 5. b), bb), 4. c), 4. d)

21) s. o. 3. Kap. B. V. 5. b), bb) (1)

22) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c)

23) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c), aa); III. 1.

24) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c), cc); III. 2.

25) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c), cc); I. 2. b)

26) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c), cc); IV. 4. c), ee), (b)

Mittels salvatorischer Klauseln kann der Verwender in einigen Fällen eine Verbesserung seiner Position erreichen²⁷⁾.

Dazu zählen individuell ausgehandelte Ersatzbestimmungen, die nicht unter die Kontrollmaßstäbe der §§ 9 - 11 fallen²⁸⁾ und Reduktionsklauseln, in denen eine Rückführung auf das maximal Zulässige festgeschrieben wird²⁹⁾. Ebenso können mittels der Verpflichtung der Parteien zur Vereinbarung von Neuregelungen bzw. mittels der Befugnis zur einseitigen Festlegung von Ersatzbestimmungen, die dem wirtschaftlichen Erfolg der zunächst vorgesehenen Regelung möglichst nahekommen³⁰⁾, für den Verwender bestmögliche Klauselinhalte erzielt werden. Gleiches gilt hinsichtlich der praktisch nie individuell ausgehandelten Absprache, daß Regelungen "soweit gesetzlich zulässig" gelten sollen³¹⁾.

Bei vorformulierten Vertragsbestandteilen kann der Verwender nur durch konkrete Ersatzbedingungen seine Position verbessern³²⁾.

Im abstrakten Kontrollverfahren ist (nur) das Weiterverwenden der unwirksamen Klauselteile zu untersagen. Der "gute Rest" wird nicht mitverworfen³³⁾. Geltungserhaltende Reduktion³⁴⁾ und die sonstigen Möglichkeiten der Lückenfüllung sind nicht zulässig³⁵⁾.

27) s. o. 3. Kap. B. VI.

28) s. o. 3. Kap. B. VI. 2.

29) s. o. 3. Kap. B. VI. 2. b)

30) s. o. 3. Kap. B. VI. 2. c)

31) s. o. 3. Kap. B. VI. 3. d)

32) s. o. 3. Kap. B. VI. 3.

33) s. o. 3. Kap. B. V. 5. a)

34) s. o. 3. Kap. B. V. 5. b)

35) s. o. 3. Kap. B. V. 5. c)

Salvatorische Klauseln haben bei der Rechtsfolgenbestimmung keine Bedeutung, da sie für die Abwicklung von Verträgen vorgesehen sind.

Der Zusatz "soweit gesetzlich zulässig" verstößt gegen § 9 und kann deshalb das Urteil über die Wirksamkeit der Bedingungen nicht beeinflussen³⁶⁾.

36) s. o. 3. Kap. B. VI. 3. d)

Lebenslauf

Am 4. März 1951 wurde ich, Peter Witte, als erster von zwei Söhnen des späteren Regierungsoberinspektors Bernhard Witte und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Büskens, in Münster geboren.

Nach dem Besuch der Theresienschule und des Wilhelm-Hittorf-Gymnasiums in Münster legte ich im Juni 1969 das Abitur ab. Im Oktober 1969 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften in Münster. Im Dezember 1974 bestand ich das Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Die sich unmittelbar daran anschließende Referendarzeit endete mit dem Assessorexamen im Juli 1977 vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

Nach kurzzeitiger Rechtsanwaltschaftstätigkeit wechselte ich 1978 zur Westfälischen Wilhelms-Universität. Dort bin ich als Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht tätig.

Ich bin seit 1976 mit der Apothekerin Mathilde Hagemann verheiratet. Im August 1981 wurde unsere Tochter Karina geboren.

